

Jur. opp.

37

m-2

P. Opp 37^m

Jur. opp. 37 m-2

<36623305530016

<36623305530016

Bayer. Staatsbibliothek

Jus. civ.

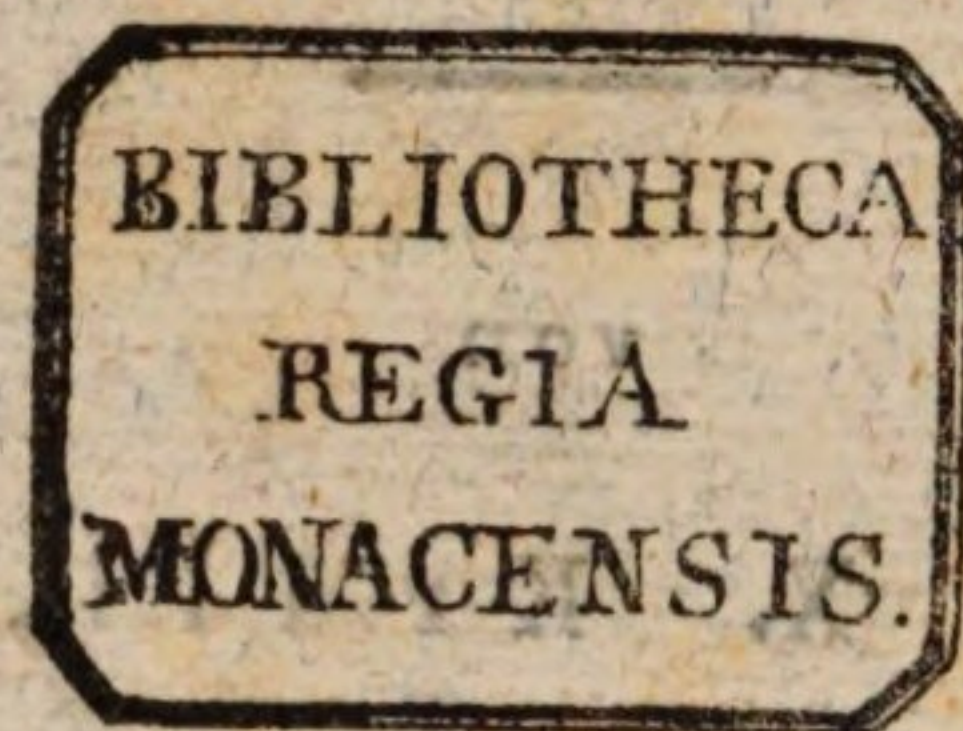
P r ü f u n g
einzelner Theile
des
b ü r g e r l i c h e n R e c h t s.

von
F. X. Krüll,
Professor des Rechts in Landshut.

Zweites Bändchen.

Landshut,
bei Philipp Krüll, Universitätsbuchhändler.

1803.



Vor Erinnerung.

*

Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß einem jeden Rechtsgelehrten in der Erfahrung Fälle wirklich begegnen, oder doch begegnen können, wofür er auch in den voluminösesten Gesetzbüchern vergebens um eine, wenigstens genügende, Entscheidungsnorme nachsuchen wird. Die bestehenden Gesetze erschöpfen gar oft nicht einmal dasjenige Datum, welches als der Veranlassungsgrund ihrer Existenz aufgestellt wurde, um wie viel weniger

reichen sie für die Beurtheilung anderer, mehr oder weniger ähnlichen, Fälle zu. Gewisse Ereignisse, welche sich in den bürgerlichen Verhältnissen ergeben, sind den Augen der Gesetzgebung vollends entwischt, als wie z. B. gleich über den Maasstab der Vertheilung der Gemeinplätze gar keine gesetzliche Norm existirt.

In gar vielen Fällen sind zwar bestimmte Normen vorgezeichnet; allein ihr constitutives Princip divergirt schlechthin von allem regulativen, und die Sanktion setzt statt des Rechts ein Unrecht. Solche Erscheinungen sollen im Staate nun freilich nicht sein, und, wo sie sind, vernichtet werden.

Eine Vernichtung der Art soll jedoch ohne genauer und scharfer Prüfung nicht unternommen werden, um sich nicht von einem in den andern Irrweg zu verlieren. Es ist freilich eine

sehr schwere, aber eben so wichtige Aufgabe, das Bestehende oder Geltende nach dem Postulate des Rechts zu prüfen, und zugleich in dem gefundenen Gültigen sich konsequent zu bleiben. Die Morgendämmerung des Vernunftlichts hellet sich von Tag zu Tag mehr auf; schon sind die Regierungen von ganz einem andern Geiste beseelt; sie schreiten aus der willkürlichen in die rechtliche Bahn über. Gesetze werden nun nicht mehr bloß nachgesprochen; man prüft sie nach Grundsätzen, deckt die Anomalien auf, womit sie entstellt sind, und bestrebt sich, das Gültige in die Stelle des Geltenden zu setzen.

Solche Prüfungen anzustellen, steht vorzüglich denjenigen zu, welche in dem Tempel des Rechts als Priester aufgeschworen haben. Rühmlich betratten Grolmann, Thibaut, Weber und mehrere andere, diese zur

Wahrheit führende Bahn, und die Civil-Rechts-Wissenschaft hat durch sie schon vieles gewonnen.

Schwer ist zwar dieser Beruf: allein die Schwierigkeit eines Berufes soll bei dem Manne, der Gefühl für Recht hat, keine Indolenz erzeugen, ihn wenigstens nicht von Versuchen zurückschröcken.

Mein Bestreben geht dahin, das Bestehende dem Rechte anzunähern: über diese Absicht erklärte ich mich schon in dem ersten Bändchen meiner Abhandlungen, welches ich in diesem Jahre lieferte. Die gute Aufnahme desselben munterte mich auf, ein zweites herauszugeben. Es sind freilich nur Versuche; meinem Wunsche nach sollen sie auch bloß dazu dienen, um andere Männer aufzuwecken, für den Uebertritt in den rechtlichen Zustand zu arbeiten.

Gesetze gab es wohl immer; aber viele — viele waren ja mehr nicht, als Gesetze einer gewillkürten Auctorität — Sanktionen, die zwar eine Norme für Handlungen der Unterthanen, aber kein Recht aussprachen. Menschen lebten im Staate in einem gesetzlichen, allein nicht in einem durchgehends rechtlichen Zustande. In diesen einzutreten ist eben so streng absolute Pflicht eines jeden Menschen, als der constituirenden Auctorität im Staate, ihn vollkommen da herzustellen, wo er noch nicht ist, und ihn da, wo er bereits ist, gegen Mißbräuche und Unfuge zu schützen, sowol das Recht als die Verbindlichkeit zusteht. Jeder will den rechtlichen Zustand, und soll ihn wollen. Wo er nicht ist, da herrschet Willkür, und die Rechte des Menschen und Bürgers sind zur feilen Waare herabgewürdiget. Ein großer Theil unserer geltenden Gesetzkörper ist bloß auf den Vortheil einzelner Staats-

privaten berechnet. Ist auch hier und da Recht gesetzt, so steht diesem sogleich wieder Willküre zur Seite. — Diese soll verbannet werden! Um aber dieses zu bewerkstelligen, soll allererst das Unrecht aufgedeckt, und in seiner Blöße dargestellt werden. Dieses kann, meines Erachtens, nur auf dem Wege kritischer Prüfung geschehen. Möchten doch alle Rechtsgelehrte diese Bahn einschlagen! —

Landshut,
im December. 1802.

F. X. Krüll.

Inhaltsanzeige.

I.

Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses, nach welchem Gemeinplätze oder Gemeinweiden unter die dazu Berechtigten vertheilet werden sollen. Seite 1

II.

Prüfung des Satzes: Qui excipit, non fatetur; abstrahirt aus dem Umfange der Begriffe der Sache selbst. 65

III.

Prüfung der Rechtlichkeit des Anatocism, oder der Zinsenvervielfältigung. 83

IV.

Ueber die Unrechtlichkeit der Taxgebühren. 117

Inhalt

I.

Bestimmung der wichtigsten Verhältnisse nach
welchem Gebiete die Gegend der Gegend
nach der den höchsten Stellen der Gegend

Seite 1

Seite 1

II.

Bestimmung der Gegend: (und die Gegend)
Bestimmung der Gegend: (und die Gegend)

62

Seite 1

III.

Bestimmung der Gegend: (und die Gegend)
Bestimmung der Gegend: (und die Gegend)

63

Seite 1

IV.

Bestimmung der Gegend: (und die Gegend)
Bestimmung der Gegend: (und die Gegend)

117

Seite 1

I.

Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses,

nach welchem

Gemeinplätze oder Gemeinweiden

unter

die dazu Berechtigten

vertheilt werden sollen.

§. 1.

Unter den mancherlei Mitteln, die allgemeine Wohlfahrt des Staats zu befördern, sie fest und sicher zu begründen, ist gewiss eines der vorzüglichsten die zweckmäßige und vollständige Benutzung des Grundes und Bodens. Gerade durch sie werden die mehresten mittelbare und unmittelbare Befriedigungsmittel der menschlichen Lebensbedürfnisse gewonnen. Der Producent so wie der Nichtproducent — alle Staatsbürger bedürfen der gemeinen Nahrungsmittel, welche der Ackerbau erzeugt. Jeder will sie, und muß sie wollen. Der Producent will über sein Bedürfnis noch einen reinen Gewinn; er fühlt in sich einen Trieb zur Wohlhabenheit. Der Nichtproducent wünscht seine Lebensbedürfnisse auf eine möglichst wohlfeile Art befriedigen zu können. Dieses Gefühl eignen Bedürfnisses war es, welches zuerst den Eifer zur Kultur anfachte. Man kultivirte

und pflug den Ackerbau. Anfänglich, wo die Menschen noch im Hirtenstande lebten, geschah dieses in einer Art Gemeinschaft; nur wenige bebaueten absondert ihre Ländereien. Allein man überzeugte sich gar bald aus der Erfahrung, daß Güter und Ländereien, welche ihre Eigenthümer bisher in Gemeinschaft zu benützen gewohnt waren, in der Kultur und Fruchterzeugung weit gegen diejenigen zurückstünden, welche von einzelnen Eigenthümern bebauet wurden. Es konnte dem Auge aufmerkfamer Landbebauer nicht entgehen, wie viele, große Distrikte aus Ermangelung ökonomischer Betriebsamkeit zu nichts anderm dienten, als um das darauf hingetriebene Vieh zum Theile weiden, zum Theile hungern zu lassen. Große Striche Landes waren im schlechtesten und gleichsam wildnatürlichen Zustande; die wirkliche zur möglichen und zweckgemessenen Benutzung stand in einem Verhältnisse, wie eine Nulle zur Realität. Diese Plätze wurden von Zeit zu Zeit durch den bloßen Weidegang immer noch mehr verschlimmert, und daher mußte man ihre Urbarmachung in ihrer Art wohl beschwerlicher finden, weil die Hindernisse, welche beseitiget werden sollten, nach der Progression der Zeit, eben so progressivisch zunahmen.

§. 2.

Die oberste Herrschergewalt im Staate, deren Augenmerk immer auf den Wohlstand der Staatsbürger gerichtet sein soll, konnte bei dem mehrern oder wenigern Betriebe des Ackerbaues wohl nicht gleichgültig sein; sie zog die Kultur solcher öde liegender Ländereien auch in ihre Gesetzgebungssphäre; anfänglich rieth sie den Privateigenthümern die Urbarmachung derselben an, setzte Prämien darauf, vergönnte zeitliche Steuerbefreiungen von selben, unternahm es, durch grofse Beispiele zu belehren, und wirklich blieb diese Belehrung unter allerlei Versuchen am wenigsten ohne gedeihlichem Erfolge. Man berechnete die Vortheile der Kultur vorzüglich der Gemeinweiden, und ohne beschwerlichem Calcul ergab sich, dafs, wenn selbe unter die Gemeiner zu individuellen Theilen in das Privateigenthum übergeben, und von selben bebauet würden, sowol sie einzeln, als die Gemeinheit im Ganzen, beträchtlich gewinnen würden.

Diese Ueberzeugung war nun doch noch keine allgemeine. Theils viele Gemeinheiten, theils viele Individuen, welche jene ausmachten, wollten sich auf keine Vertheilung verstehen, und diejenigen, die sie wünschten, konnten sich in der Art, oder eigentlich

in dem Maasstabe nicht vereinigen, nach welchem die gemeinsame Vertheilung geschehen sollte.

§. 3.

So viele gedeihliche Verordnungen auch in den einzelnen Staaten, unter welchen Baierns Gesetzgebung sich gewiss sehr vortheilhaft auszeichnet, über die Kultur der öden Gründe existiren, so mangelt doch noch eine allgemeine richtige gesetzliche Bestimmung über die Art ihrer Vertheilung. Noch zur Stunde ist man darüber nicht einig, ob zur Vertheilung der Gemeinweiden Einstimmigkeit aller Gemeiner erforderlich sei, oder ob selbe nach dem Willen der Mehrern, oder gar Einzelner, wenigstens für ihre Raten, rechtlich zugelassen werden dürfe oder nicht. Eben so verschieden sind die Meinungen auch darüber, nach welchem Maasstabe in einem oder in dem andern Falle die Theilung geschehen soll?

Ich versuche es, diese beiden Fragen in nähere Betrachtung zu ziehen; aber man sehe es ja nur als einen Versuch, und nicht als Bestreitung der Meinungen an, welche angesehene Gelehrte lange vor mir aufstellten.

§. 4.

Ich glaube in dieser Prüfung nicht zweckmäßiger zu Werke gehen zu können, als wenn ich, nach Vorausschickung eines historischen Abstractes über die Entstehung der Gemeinweiden, ihren Begriff, ihre Natur, und rechtliche Beschaffenheit, in welcher sie mir erscheinen, zuerst zu bestimmen suche, und dann zur Beantwortung obiger zweifelhafter Fragen schreite.

§. 5.

So lange die Teutschen ein unstätes, von einem Orte in den andern herumwanderndes Volk waren, dachten sie noch an keine zweckmäßige Einrichtung eines Ackerbaues; diese setzt bleibende Wohnsitze voraus. Der Boden, worauf sie herumschweiften, befand sich in wilder Freiheit; er bildete einen allgemeinen Weideplatz, worauf heute diese, morgen eine andere herumziehende Menschenhorde ihr Vieh weiden ließ. Die Früchten des Feldes nahm man so, wie sie die wohlthätige Natur von selbst gab: einen Ackerbau ordentlich zu betreiben, daran dachte man in jenen Zeiten nicht, und, wenn auch hier und da ein Stückchen Landes bebauet wurde, so geschah dieses nur von einzelnen Familien, wenn sie sich in irgend einer Stätte niederließen, und dauerte gewöhnlich

länger nicht als Ein Jahr. Nach Einem Jahre wurde die Wanderschaft von neuem fortgesetzt, und der bebaute Platz wieder in das freie gelassen. Auf diese Weise befand sich der teutsche Boden noch in seiner ursprünglichen Gemeinschaft.

§. 6.

Anwachsende Bedürfnisse bei zugenommener Bevölkerung, und allmählich erwachendes Gefühl für eigene rechtliche Freiheit, zwangen die einzelnen Horden, in engere Verbindungen zusammen zu treten; aus kleinern Gesellschaften entstanden grössere; mehrere einzelne Familien formten sich gleichsam in eine große Familie, und so waren Gemeinheiten gegeben.

Auf diese Art vereinigt, ließen sie sich in einer für ihre Bedürfnisse ihnen genügend scheinenden Gegend nieder; da betrieben sie Viehzucht, und in der Folge der Zeit, auch Ackerbau. Noch lebten sie, wie in patriarchalischer Gemeinschaft; der Boden war noch ein, und ungetheilt. Nach und nach häuften sich die Bedürfnisse der einzelnen Familien in gar verschiedener Proportion, und dieser Conflict so verschiedener Bedürfnisse machte eigene und besondere Haushaltungen nothwendig. Izt traten die einzelnen Familien • Individuen der Gemeinheit aus jener pa-

triarchalischen Gemeinschaft heraus. Jede Familie erhielt einen besondern convenablen Antheil an dem Gemeinboden. Wahrscheinlich bemafs man diese einzelnen Antheile entweder nach der Personenanzahl, aus welcher die individuelle Familie bestand, oder nach der Quantität des Viehstandes, welche sie bisher mit sich führte.

Kann nun aber auch gleich die Norme, nach welcher diese Besitznahme geschah, mit keiner vollkommen befriedigenden historischen Gewifsheit dargethan werden, so bleibt doch immer so viel richtig, dafs es von diesem Zeitpunkte an privateigenthümliche Aecker und Wiesen gab; jede Familie erhielt ein Privateigenthum, und die ursprüngliche Gemeinschaft war in selber nach einem selbstbeliebigen Verhältnisse, welches auf dem Wege gütlicher Uebereinkunft ausgemittelt wurde, aufgelöset.

§. 7.

Theils ihre Unbekanntschaft mit den Vortheilen der Stallfütterung, theils Ueberflufs an natürlicher wilder Gräserey, theils auch die Lage des von ihnen in Besitz genommenen Landes, theils der noch lange nicht gereifte Geist für ökonomische Spekulation bestimmten sie, aufer der abgetheilten Länderei einen ihrem Viehstande angemessenen grossen Platz ledig und

offen zu lassen. Dieser sollte der gemeine Weideplatz sein, worauf jeder sein Vieh weiden und nähren mochte.

Die Volksmasse und der ganze Zustand der Bevölkerung stund in damaligen Zeiten noch in gar keinem Verhältnisse mit den Ländereien, welche benützt und bebauet hätten werden können. Nebenbei waren die freien Landeigenthümer der Arbeit viel zu ungewöhnt; sie hielten den Ackerbau für eine bloß knechtische Arbeit, und übertrugen daher die Bebauung ihres Landeigenthumes mehrentheils den Leibeigenen; überhaupt gab es der arbeitsamen Hände viel zu wenige, als daß die Agrikultur auf eine mehr zweckmäßige Art hätte betrieben werden können. Diese Umstände zusammen genommen, bewirkten die Erscheinung so großer und ungeheurer Gemeindeplätze und Viehweiden.

§. 8.

So wie allmählig die Bevölkerung durch die mehrere Annäherung der Menschen und Familien zunahm, eben so progressivisch vermehrten sich auch die gemeinen Bedürfnisse. Die beinahe noch wilde Viehzucht, und der so feltne Ackerbau reichten der angewachsenen Menschenmenge zur Befriedigung ihrer Lebensnothdurft nicht mehr zu: sie fühlte sich gezwun-

gen, sich über den bloßen Hirtenzustand zu erheben und zum ackerbauenden Volke umzuschaffen.

In diesem nothwendigen Gefühle für industrielle Produktion lag auch der erste Keim für künstliche Vermehrung des Viehstandes, die die Natur von selbst schon so wohlthätig unterstützte. Der Viehstand wurde wirklich bedeutender, und damit erwachte die Erkenntniß des Werthes der Gräferei, die man izt zum ersten Male zu schätzen anfing. Die befriedeten Grasländer — Wiesen, wurden, wenn gleich viel später, als die Aecker, auch einer besondern Verbesserung gewürdigt. Aber die Gemeinde- und Weideplätze ließ man noch in ihrer Wildheit: sie erhielten sich, ohngeachtet aller Kultur, in ihrer ursprünglichen Gestalt viele Jahrhunderte durch; sie scheinen ein reifers Zeitalter für ihre Kultur erfordert zu haben; noch zur Zeit sah man darüber hinweg, daß durch solche Plätze nichts, oder nur sehr wenig, gewonnen sei.

§. 9.

Einzelne Beispiele, möchten sie auch ein Zufall der Zeit gewesen sein, blieben doch nicht ohne glücklichem Erfolge und ohne Nachahmung. Die Erfahrung schien berufen zu sein, um die Ueberzeugung zu bewirken, daß der Viehstand besser gedeihe, wo

geschlossene Ländereien mit angestrengtem Fleisse bebauet und benutzt würden. Die Wiesen fiengen an, mehr zu blühen, Gemeindeplätze wurden ihrer fruchtarmer Wildheit entrißen, einzelne Gemeinheiten, — alle ihre Individuen, verstunden sich dahin, die Gemeinschaft unter sich aufzulösen, nach einem selbstbeliebigen Maasstabe verwandelten sie das Gemeingut in Privateigenthum, und fanden es ihren ökonomischen Absichten viel zuträglicher.

§. 10.

So durch Beispiele belehrt, wünschten gar bald theils ganze Gemeinheiten, theils Individuen aus selbst, eine ähnliche Vertheilung der Gemeindeplätze. So gemein auch diese Wünsche wurden, so wenig glücklich konnte man sich aber über die Art und Weise der Wirklichmachung derselben vereinigen. Man stritt sich über die Art der Auflösung und die Art der Vertheilung mit gleicher Heftigkeit; es kam zu Processen, die mehrere Jahrzehnte hin dauerten, und zuletzt mit einem Urtheile beschlossen wurden, das sichtbar bloße Willküre und schlichten Rechtsglauben der Richter an sich trug; wie hätte man in der Erfahrung wohl andere Urtheile erwarten können, da es bisher an einer allgemein gesetzlichen und erklärten rechtlichen Normen darüber noch fehlte? —

§. II.

Die Wichtigkeit des Gegenstandes, der von Zeit zu Zeit gar oft zur gerichtlichen Sprache kam, fachte den Eifer der nach Wahrheit forschenden Rechtsgelehrten immer heftiger an, auch darüber genauer zu reflectiren. Beinahe einem jeden ergab sich ein anders Resultat, und noch theilen sich die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Fragen: wann dürfen die Gemeingüter aufgelöset werden? Erfordert ihre Auflösung Einstimmigkeit Aller, oder dürfen auch Einzelne für sich einen sie treffenden Antheil gegen den Willen der übrigen fodern, und sich von der gemeinen Benutzung ausscheiden? Und wenn vielleicht, wie, und nach welchem Maasstabe soll diese Theilung vor sich gehen? Soll die Grösse des Viehstandes, oder der Besitzungen, oder der Lasten, wie sie die Einzelnen tragen, als Norme aufgestellt werden?

Gesetze, fast in allen einzelnen teutschen Landen, begünstigen die Kultur öder Plätze, und besonders die Vertheilung der Gemeinweiden, als ein vorzügliches Mittel zur Verbesserung der Landeskultur; allein eine allgemein-rechtliche Norme über die Art der Vertheilung selbst mangelt noch bis zur Stunde.

Ich versuche es, eine Prüfung über diesen Gegenstand anzustellen. Sie mag ihn der Wahrheit einen Schritt näher führen!

§. 12.

Bevor man einen rechtlichen Maasstab der Vertheilung der Gemeingüter auffinden will, muß nothwendig die Vorfrage zuerst beantwortet werden: welche ist die eigenthümliche Natur der Gemeingüter?

In welchem Verhältnisse stehen sie zur ganzen Gemeinheit, und in welchem zu den Individuen derselben? Eine richtige Beantwortung dieser präjudicialen Punkte wird im consequenten Gange auf die Entscheidung der vorliegenden Hauptfrage hinführen.

§. 13.

Gemeindegüter überhaupt sind eine solche liegende Habe, deren Proprietät einer ganzen Gemeinheit, als einer und ungetheilten moralischen Person, zusteht.

Der eigentliche Begriff derselben darf nur von der Proprietät allein hergeholet werden. Die Benützung sowol, als ihre Art, vorzüglich ihren Theilen nach betrachtet, ist zufällig, und eben darum

kein den Begriff wesentlich bestimmender Charakter. Bald werden die Gemeingüter von der ganzen Gemeinheit insgesamt benützt; bald ist zu diesem Ende ein eigener Verwalter bestellt, der im Namen der Gemeinheit und zu ihrem Nutzen aus den Gemeingütern die Frugalität bezieht; bald ist ihre Benützung verpachtet; bald nehmen alle Individuen der Gemeinheit einzeln an der Benützung Antheil. Dieser ist der gewöhnliche Fall bey den Gemeinweiden.

Genießt schon die ganze Gemeinheit in jedem dieser aufgezählten Fälle das ganze Gemeingut, sei es directe oder indirecte, so ist aber doch die Art der Benützung in jedem einzelnen ganz besonders modificirt. Diese richtet sich nach zufällig bestimmenden Beweggründen, und kann eben darum niemals als ein bleibender Charakter eines Gemeingutes aufgestellt werden. Am zufälligsten fällt sie bei Gemeinweiden, wovon hier hauptsächlich die Rede ist, in der Erfahrung auf; selbst der unter allen richtigste Maassstab — die mögliche Ueberwinterung des Viehstandes aus eigener Gräferei — bleibt sich nichts weniger, als gleich. Durch das Setzen der Proprietät wird demnach der allgemeine Begriff eines Gemeingutes allein richtig bestimmt. Alles andere daran ist dem Wechsel unterworfenene Modifikation,

aber nicht Charakter, und wesentliche Eigenschaft.

§. 14.

Um die eigenthümliche Natur der Gemeindegüter in ihren Theilen vollkommen zu bestimmen, ist es ferner nothwendig, zu unterscheiden zwischen dem Eigenthume, oder dem Rechte an der Sache selbst, und der Benützung desselben, oder, was in Terminen das nämliche sagen will, zwischen wesentlichen und außerwesentlichen Rechten, die die Begriffesphäre des Eigenthumes umfasset. Das Eigenthum der Gemeingüter, so lange sie es wirklich sind, oder das Recht an der Sache, darf, dem obigen Begriffe nach, nur als Recht der Gesamtheit, als einer moralischen Einheit, betrachtet werden. Die darunter begriffenen einzelnen Rechte sind nicht Befugnisse der Einzelnen; sie gehören der ganzen Gemeinheit an, und nicht ihren Mitgliedern, als Individuen, für sich. Daher, so lange das Gemeingut, als solches, besteht, können sich die einzelnen Glieder der Gemeinheit nicht für sich individuelle Eigenthumsrechte anmassen, so daß selbe blos von ihrer Willkür abhängen, und sich zugleich über das Ganze erstrecken. Nur alle zusammen haben ein

ein Recht auf die gemeinschaftliche Sache. Ein Einzelner darf nicht einen ihm beliebigen Theil von dem Gemeingute, bloß nach seiner individuellen Willkür, an jemanden verkaufen, verschenken, vertauschen u. s. w.

Dieses liegt nicht nur im Begriffe eines noch bestehenden Gemeingutes, sondern auch in den Gesetzen *). Hingegen, wenn ein Einzelner aus der Gemeinheit sich gegen die Fortdauer der Gemeinschaft erklärt, so bringt dieses ganz entschieden eine Aenderung in den Eigenthumsrechten hervor, die bisher der ganzen Gemeinheit, und folglich auch ihm, als einem Theile der moralischen Person, in der Gesamtheit mitzukamen. Was ihm zuvor als einer persönlichen Einheit in der Vielheit zustand, kann ihm nun länger in der Eigenschaft nicht mehr zukommen, weil er sie ablegte: aber auch die übrige Personengemeinheit würde offenbar zu viel begehren, wenn sie dieses Abtretenden A. theil an dem bisher gemeinen Sachenrechte in ihr consolidiren wollte. Die weitere

*) L. 7. §. 1. D. quod cujusque universitatis nomine

„Si quid universitati debetur, singulis non debetur.“

Deduktion hierüber wird tiefer unten an ihrem Orte folgen.

§. 15.

Von dem Eigenthume eines Gemeingutes muß man seine wirkliche Benützung sorglich trennen (§ 14). Das Eigenthum desselben, so lange es, als solches, wahrhaft besteht, bleibt sich immer gleich; hingegen die Formation seiner Benützung, so wie sie in Zeit und Raume erscheint, ist Folge zufällig bestimmender Ursachen. Der Erfahrung gemäß entscheiden manchmal besondere unter den Gemeindegliedern abgeschlossene Verträge; manchmal liegt schon in allgemeinen Polizei- und Landkulturs-Verordnungen die Bestimmung; gar oft richtet sich wohl gar die Benützung nach einem localen Herkommen.

Ueberhaupt können die Gemeingüter in Rücksicht auf die Art ihrer Benützung, welche sie abwerfen, von doppelter Art seyn.

Sie sind entweder

a) Von der Art, daß ihr Gebrauch jedem einzelnen Mitgliede der Gesellschaft in den Fällen erlaubt ist, in welchen das Mitglied, nach der Beschaffenheit des Endzweckes, wozu diese Güter bestimmt sind, derselben benöthiget zu sein glaubt, oder

b) Sie sind nicht von der Art, daß die einzelnen Mitglieder der Gemeinheit auf eine so unmittelbare, und in die Augen fallende Art folches nach ihren individuellen Bedürfnissen nutzen oder gebrauchen dürften, sondern die Nutzungen und Gefälle werden zum Besten der ganzen Gemeinheit überhaupt, so ferne sie, als eine juristische Einheit *), oder moralische Person, betrachtet wird, verwendet.

Sachen der ersten Art nennt man gemeine, oder öffentliche Sachen einer Gemeinheit (*res universitatis in sensu stricto*). Sachen der zweiten Art heißen der Schatz der Gemeinheit (*aerarium universitatis*).

§. 16.

Diese allgemeinen Eigenschaften von den Gemeingütern vorausgesetzt, wird sich auch die Frage beantworten lassen, was erfordert die Aufhebung der Gemeinschaft einer Viehweide, und ihre Vertheilung unter die Glieder der Ge-

*) Ich betrachte hier die in der Personen-Gemeinheit enthaltene Vielheit, ihres gleichen und noch ungetheilten Interesse wegen, im mistischen Sinne, als Einheit. Eine Bemerkung, um nicht missverstanden zu werden! —

meinde? Kann sie nur durch die völlige Einstimmigkeit aller Gemeinder entschieden werden, oder vermag auch die Mehrheit der Stimmen schon eine Auflösung derselben zu bewirken, oder können etwa gar Individuen mit Rechte auf partiale Abtheilung der Gemeinweiden dringen?

Die Meinungen der Rechtsgelehrten über diese Fragen sind gar sehr getheilet: einigen genügt Stimmenmehrheit; andere wollen eine Stimme Aller, und erklären die Auflösung so eines gemeinen Eigenthumes abhängig von der Willenseinheit aller Individuen in der Gemeinheit. Die Ursache dieser Verschiedenheit liegt offenbar in der Verschiedenheit der Begriffe, welche der Eine oder der Andere voraussetzt.

§. 17.

H. Hofrath Runde *) findet eine von der Stimmenmehrheit hergeholte Entscheidung dem Begriffe einer Gemeinweide zuwider, weil „das Eigenthum derselben der ganzen Gemeinheit, als solcher, zustehe, und eben daher

*) In seinen Beiträgen zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände. I. B. Göttingen, 1799. I. Abh. §. 12. f.

die einzelnen Mitglieder derselben, in Ansehung der Allmenden, nie als *wirkliche* Miteigenthümer, oder Gesamteigenthümer, betrachtet werden können; das Miteigenthum kann nicht anders, als bei einer *re pro certa rata propria, non quidem naturaliter, sed tamen civiliter divisa*, gedacht werden.

Nur der wirkliche Miteigenthümer, sagt H. Hofr. Runde, kann auf die Theilung klagen; nun hat der Gemeindemann kein Miteigenthum an den Gemeindegütern und insbesondere an den Gemeinweiden. Auf das Individuum ist daher bei Gemeinweiden das *judicium de communi dividundo* gar nicht anwendbar.

Diese Behauptung scheint mir, weder der Natur der Sache, noch dem Geiste des römischen Rechtes, zu entsprechen.

§. 18.

I. Bleibt man bei der Natur der Sache stehen, so gehören Gemeinweiden, der Proprietät nach, der ganzen Gemeinheit, als einer juridischen Einheit betrachtet, zu. Dieser Begriff ist von der Sache selbst hergenommen, und vom H. Hofrath Runde auch zum Grunde gelegt. Nun folgere man weiter:

Die Gemeinheit, als eine juridische Einheit, besteht aus Einzelnen, die sie geben. Sagt man demnach: die Proprietät einer Gemeinweide stehe der ganzen Gemeinheit, als einer moralischen Person, zu, so spricht man eben so viel aus, als ob man sagte, daß alle die Gemeinheit bildenden Individuen, zusammen genommen, die Proprietärs von derselben sind. Die ganze Gemeinheit hat daran ein Eigenthum, oder alle Individuen in selber zusammen haben daran ein Eigenthum. Was der Personen-Vielheit im Ganzen zusteht, muß in dem nämlichen Umfange den diese gebenden Individuen, zusammen genommen, eben so rechtlich zukommen; denn sonst hätte die Vielheit, oder moralische Person, zugleich ein Recht, und zugleich kein Recht, welches sich selbst widerspricht.

Nun aber ist das mehreren Personen, welche zwar an sich eine Vielheit, aber juridisch betrachtet, eine Person, oder eine moralische Einheit bilden, zustehende eine Eigenthum eben das, was man Mit- oder Gesamteigenthum nennt. Gemeinder also, welche zusammen ein Eigenthümer sind, und zusammen ein Eigenthum haben, sind Mit- oder Gesamteigenthümer. Keiner aus ihnen, einzeln betrachtet, hat zwar das ganze Eigenthum,

aber jeder hat daran Antheil, von welchem er für sich individueller, obgleich nur intelligibler, Eigenthümer ist, weil das Ganze, als solches bestehend, vorausgesetzt wird, und dieses der Vielheit zukömmt.

Diese Begriffe stimmen auch genau mit dem Begriffe überein, welchen H. Hofr. Runde an einem andern Orte *) selbst aufstellt. Auf das Ansehen anderer Rechtsgelehrten mich zu berufen, finde ich bei einem so ganz klaren Begriffe überflüssig.

§. 19.

Wenn man nun diese Gemeinschaft des Eigenthumes, oder das Gesamteigenthum der Gemeinden, wie es in der Natur der Sache liegt, einmal voraussetzt, so bleibt es zwar vollkommen richtig, dafs, so lange dieselbe, als solche, besteht, in Ansehung aller zweck- und rechtmässigen Verfügungen, der vereinigte Wille Aller allein bestimmen könne. Im Gegentheile wäre die rechtliche Gleichheit gekränkt. Dieser vereinigte Wille, oder dieser Gesamtwille der Vielheit, darf aber nicht numerär,

*) Grundsätze des heutigen gemeinen teutschen Privatrechts. §. 263.

sondern nur, der Vernunftmäßigkeit nach, genommen werden. Der Gesamtwille drückt aus, was Alle vernünftig wollen sollen.

Wenn demnach in einer Gemeinheit eine ihrem Zwecke angemessene und entsprechende Verfügung, wie z. B. über das noch bestehende Gemeingut, getroffen werden will, so ist selbe, ohne allem Widerspruche, zwar von dem Willen Aller abhängig, aber nicht der empirischen Anzahl nach, sondern der der Vernunftmäßigkeit entweder ganz entsprechenden, oder doch annähernden, Mehrheit nach.

Zufolge dieses von dem Gesamtwillen aufgefaßten Begriffes darf die numeräre Einstimmigkeit Aller, bloß faktisch aufgenommen, bei keinem Entschlusse einer Gemeinheit, als absolut nothwendig, gedacht werden, so wenig als im Staate, dessen gesetzgebende Gewalt und ihre Thätigkeit in dem Gesamtwillen der Totalität liegt, und wo man unter rechtlichen Gesetzen Ausdrücke des vernunftmäßigen Gesamtwillens Aller begreift, numeräre Einstimmigkeit Aller erfordert werden dürfte.

§. 20.

Dafs in einer bestehenden Gemeinheit keine gültige Verfügung, welche das Ganze betreffen soll,

anders als in der Eigenschaft eines Resultats aus dem Gesamtwillen derselben, getroffen werden darf, ist eben so einleuchtende, als entschiedene, Sache. Soll aber auch der nämliche Gesamtwille die Vertheilung der Gemeinweiden allein nur möglich machen können? — Viele, unter andern H. Hofr. Runde *), erfordern diese Einstimmigkeit Aller, denn „solche Vertheilungen sind wahre Veräußerungen, die von dem freien Willen des Eigenthümers abhängen. Nun liegt das Eigenthum der Gemeingüter bei der Gesamtheit; ihr Wille also, und nicht der Wille einiger Individuen, wenn sie auch die mehreren wären, kann dafür entscheiden.“

Allein die Sache auf ihre Grundbegriffe zurückgeführt, so werden ganz andere Resultate hervorgehen.

Sachen - Gemeinschaften, worunter ich auch Gemeindeweiden zähle, entstehen durch das Setzen vereinigter Willküre, oder durch den gemeinen Willen einer in Gemeinschaft zusammentretenden Vielheit. Die Gemeindeglieder, von welchen eine solche Güter-

*) In seinen Erläuterungen rechtlicher Gegenstände.

gemeinschaft rechtlich gedacht werden will, müssen durch ihren Gemeinwillen ausgesprochen haben, daß diese oder jene Sache — der Weideplatz — zum gemeinschaftlichen Weidegange bestimmt sein soll. Sie erklärten sich, und der Platz war nun gemeinschaftlich. Die Fortdauer einer auf diese Art entstandenen Gemeinschaft mußte ganz begreiflich von der Fortdauer dieses einmal gesetzten Gemeinwillens abhängen, weil gerade nur dieser als ihr Entstehungs- und Bestandesgrund angesehen werden kann. Ohne die Freiheit dieser Zusammentretenden selbst zu compromittiren, kann der einmal gesetzte Gemeinwille oder die vereinigte Willküre nicht als absolut unabänderlich angenommen werden, weil sonst in dem Zusammentreten in eine Gemeinschaft ein Aufgeben des freien Willens oder der Freiheit mitgedacht werden müßte, welches sich selbst widerspricht.

Folglich kann, dem Rechte nach, die Fortdauer einer solchen Gemeinschaft nicht absolut, sondern nur bedingt sein, so lange die Mitglieder in dieser Gemeinschaft bleiben wollen. Frei war der Mitglieder Zutritt; eben so frei muß auch dessen Fortdauer sein: und im gleichen Maasse muß es Objekt ihrer Willküre sein, aus der Gemeinschaft wieder auszutreten, wenn man anders nicht der Freiheit der

vereinigten Willküre einen ganz widernatürlichen Zwang andichten will. Durch das Hinzutreten eines Individuums zu dieser Gemeinschaft verlor es noch keineswegs seine Freiheit der Willküre, denn es wollte und durfte sie schon nicht aufgeben. Eigentlich schloß es nur seine Freiheit, der Freiheit der andern, an. Weil aber dieses Anschließen ein Akt der Freiheit und Willküre eines jeden Individuums ist, so kann es auch nur so lange für jedes Individuum als bestehend angenommen werden, als dasselbe es will.

Jedes Individuum also darf wieder nach seiner Willküre aus der Gemeinschaft heraustreten, und zur Auflösung einer Gemeinweide, als eines gemeinschaftlichen Gutes, Einstimmigkeit Aller die Gemeinheit gebenden Individuen, als absolut nothwendig, annehmen, heißt sich selbst und der Natur der Sache widersprechen.

§. 21.

Durch diesen, dem fernern Bestehen der Gemeinschaft entgegengesetzten, Akt der Freiheit der Willküre Eines oder Einzelner hört die Gemeinheit auf, ihrer Größe nach, das noch zu seyn, was sie bisher war. Das sich gegen die Fortdauer der Gemeinheit erklärende Individuum ist von izt an, seiner Person nach, kein Gemeinder mehr, und die übrigen in

der Gemeinschaft zurückbleibenden Individuen; weil sie nun einmal den Austritt genehmigten, und auf keine rechtliche Weise hindern durften, können, ohne das Sach - Miteigenthum des Austretenden zu verletzen, dessen bisher intelligiblen Antheil an dem Gemeingute sich nicht anmassen. Der Person muß ihr Sacheigenthum folgen; eine Consolidation des, bis itzt dem Austretenden zugekommenen, intelligiblen Rechtes an dem Gemeingute verschlänge offenbar ein eigenthümliches Recht eines andern, und wäre eben darum ein Unrecht: oder man müßte die Absurdität annehmen, daß jedes zur Gemeinheit gehörige Individuum, als einzeln betrachtet, kein, auch nicht ein intelligibles, Recht habe, und für sich, als Individuum, keine, sondern nur Person in der Vielheit sei. Vielmehr, weil die Gemeinglieder in einer Gemeinschaft stehen, so haben sie zwar freilich, so lange sie besteht, der Thatfache nach nur in der Vielheit ein wahres und wirkliches Recht; aber eben so entschieden muß jeder Einzelne für sich ein intelligibles Recht an dem Gemeingute haben; sonst hätte er auf einer Seite ein Recht, und auf der andern keines, welches mit sich selbst im Widerspruche steht. Sind denn in einem, Hunderten zukommendem, Gesamtrechte (*jus commune in concreto*) nicht eben

so viele individuelle, wenn gleich intelligible, Rechte
(jura singulorum in abstracto)? (§. 18.)

§. 22.

Diese intelligiblen Rechte der Einzelnen sind weder so lange, als die Gemeinheit besteht, imaginär, noch können sie bei einer geschehenen Auflösung ohne objektiver Realität sein. Das erste beweiset sich entschieden daraus, daß jeder Gemeiner seinen Antheil einem andern, der, statt seiner, ein Gemeinglied werden will, cediren und übertragen könne und dürfe. Eine Wahrheit, die eben so gut durch die Ausprüche der Vernunft gerechtfertiget ist, als vollkommen mit den positiven Gesetzen zusammenstimmt, die ich aber, ihrer Allgemeinheit wegen, hier anzuführen für unnöthig halte.

Diese unbezweifelte Prämisse führt ohne allem Zwange auf die eben so richtige Consequenz, daß jedes Gemeinglied in Ansehung der Gemeinweide zu jedem andern Mitgemeiner wirklich im rechtmässigen Verhältnisse des Miteigenthumes stehe (§. 18.), und daß, weil der einzelne Gemeiner seinen an dem Gesamtgute ihm zukommenden Antheil da, wo noch die ganze Gemeinheit besteht, einem andern gültig überlassen darf, er daran ein eigenthümliches Recht habe, zufolge dessen er eben so gut berechtiget sein

mufs, diesen seinen rechtlichen Antheil zu seinem ausschliesslichen Besitze und Gebrauche heraus zu fodern. Kein Gemeinglied hat und kann die Zwangspflicht haben, in der Gemeinschaft zu bleiben *). Jeder hat das freie Recht, auszutreten, wenn er es seinen vernunftmässigen Zwecken angemessen findet. Dadurch setzt er auch sein bisher intelligibles Recht an der Sache ins Freie; er darf von nun an sein Recht für sich realisiren.

§. 23.

II. Diese rechtliche Idee ist auch schon im römischen Rechte **) so ausdrücklich enthalten, dass ich mich sehr verwundern mufs, wie man noch aus dem römischen Rechte zu beweisen suchen möge, dass nur durch Einstimmigkeit aller Gemeinder die Gemeinweide aufgelöset, und zerschlagen werden dürfe. Das angeführte Gesetz erlaubt ausdrücklich einem jeden Gemeiner, nicht nur die Gemeinschaft zu verlassen,

*) Diese Wahrheit kann ich schon als bewiesen aus andern wissenschaftlichen Rechtstheilen voraussetzen.

**) L. 8. D. comm. divid. „et si non omnes qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest.“

sondern auch einzeln auf die Abtheilung des Ganzen zu klagen, wenn sich die übrigen Gemeiner weigern würden, ihm seinen Antheil auszufcheiden. Dem Sinne dieses Gesetzes gemäß können demnach Alle zusammen, Mehrere aus selben, und selbst ein Einzelner, auf die Abtheilung dringen, und ihre sie treffenden Antheile aus dem Gemeingute verlangen. Es kann demnach weder Einstimmigkeit Aller, noch der Mehrern, eine unumgängliche Bedingung zur Auflösung einer Gemeinweide genannt werden. Will ein Einziger aus der Gemeinheit seinen bisher intelligiblen Theil an der Gemeinweide in einen empirischen privaten Theil umgewandelt wissen, so kann ihn der Wille der übrigen weder dem Rechte, noch dem Gesetze nach daran hindern.

§. 24.

Man sucht zwar dieser Behauptung andere gesetzliche Texte aus dem römischen Rechte entgegen zu stellen, und daraus zu beweisen, daß nicht einmal Stimmenmehrheit, am allerwenigsten der Wille eines Einzigen, sondern nur allein der einstimmige Wille Aller, die Auflösung und Theilung der Gemeinweiden entscheiden könne. Man beruft sich deshalb

1) Auf c. 29. de reg. jur. in VI. „quod omnes tangit, ab omnibus quoque approbetur.“

2) Auf c. 56. de reg. jur. in VI. „in re communi potior est causa prohibentis.“

3) Auf l. 28. D. comm. divid. „in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse.“

4) Auf l. 11. D. de servit. praed. rust. „plures fundi domini, uno solo dissentiente, fundo servitutem imponere nequeunt.“

5) Auf l. 11. D. de reg. jur. „quod mortuum est, non definit esse nostrum sine nostra voluntate.“

Allein alle diese gesetzlichen Stellen beweisen nichts gegen meine Behauptung, dass nämlich, wenn mehrere oder einzelne aus der Gemeinschaft austreten wollen, sie wirklich nicht nur austreten, sondern auch ihre individuellen Antheile an der Gemeinweide mit heraus begehren dürfen.

§. 25.

1) Das C. 29. de reg. jur. in VI. hat eigentlich den Sinn, dass in bestehenden Gemeinheiten nur der

Gesamt-

Gesamtwille Aller für Alle verbindend sein könne. Wollte einer allein in einer solchen Angelegenheit, bei welcher alle Glieder ein ganz besonders Interesse haben, seiner Stimme das alleinige, oder vorzüglichere Gewicht geben, so würde er offenbar die Stimmenfreiheit und das Recht der übrigen verletzen. In Gemeinheits-Angelegenheiten, so lange die Gemeinheit, als solche, besteht, kann nur der Gesamtwille Aller rechtlich wirksam sein; jeder Schluss, der als gemeine Norm gelten soll, muss den vereinigten Willen Aller ausdrücken. Allein auch hier darf, wie ich es oben schon einmal anführte, der Gesamtwille Aller nicht numerär genommen werden, sondern nur als Ausdruck dessen, was jeder vernünftig wollen soll. Obige Regel sagt nur so viel aus: Alle sollen zur Stimmgebung aufgefordert werden; Alle sollen abstimmen; Alle sollen eine Stimme führen, weil jeder vernunftmässig abstimmen soll. So richtig diese Idee an sich ist, so sehr weicht der durch sinnliche Triebe leitbare Mensch in der Erfahrung ab. Nicht immer will jeder, was er vernunftmässig wollen soll. Daher kann das „ab omnibus approbetur“ in concreto nicht so ganz wörtlich genommen werden, außer man dächte sich jedes Individuum als den vollkommen rechtlichen und consequenten Mann.

Würde auf diese Rechtsregel streng gehalten werden, so würde es wenige, oder gar keine Gemeinthschlüsse geben.

Ferner handelt die oben angeführte Stelle nur von Gemeinthschlüssen, nicht aber vom zulässigen oder unzulässigen Austritte eines, oder einiger Individuen. Für diesen letztern Fall passet vielmehr l. 8. *) und 14. D. commun. divid. **). Diese gesetzlichen Stellen gestatten einem jeden Theilhaber an der Gemeinschaft den freien Austritt, so daß selber auch nicht einmal per juramentum de communione in perpetuum servanda gehindert werden darf. Klar sind die angeführten Gesetzstellen, bestimmt ist ihr Gegenstand; ihr Grund leuchtet aus der Natur der Sache ein; wäre es nicht widernatürlich, jemanden, weil er einer Gemeinschaft beigetreten ist, darum seiner persönlichen Freiheit verlustig erklären, und ihn

*) „Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest.“

**) §. 2. „Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est. Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.“

zwingen zu wollen, in der Gemeinschaft für immer zu bleiben?

§. 26.

2) Das c. 56. de reg. jur. in VI. sagt zwar ausdrücklich: „in re communi potior est causa prohibentis.“ Allein welchen Sinn hat diese Stelle? Soll dieser Text etwa so viel sagen, dafs, wenn in einer Gemeinheit, die aus zwölf Mitgliedern besteht, elf die Zerfchlagung und Bebauung der Gemeinweiden verlangen, der zwölfte allein dieselbe im ganzen zu hindern befugt sein soll?

Wenn diese Auslegung die richtige, und für alle gemeine Angelegenheiten die einzig entscheidende wäre, so stünde es gewifs sehr misslich um die Gemeinwesen. Ein einziger aus wahren oder Scheingründen, oder gar aus Nichtgründen widersprechender Gemeiner könnte jede vorhabende Gemeinanstalt, ohne Unterschied, schon in der Geburt ersticken. Ein einziger Starrkopf, der sich in einer auch nicht zu grossen Gemeinheit gar bald finden läfst, würde die besten Absichten vereiteln können, einzig darum, weil er nicht will. Dieser kann der Sinn einer zweckmässig aussprechenden Gesetzgebung schlechterdings nicht sein.

Ich glaube in diesen Worten mit Rechte einen andern Sinn gefunden zu haben, nämlich: wenn die

mehrern Gemeiner entschlossen wären, etwas in einer Gemeinheit, die noch wirklich besteht, und nach dem Gemeinwillen auch für die Zukunft fortbestehen soll, zu verfügen, was geradezu die rechtlich erworbenen Rechte Eines oder Einiger kränkte, oder gar auflösete, so kann so ein Schluss, wenn er auch schon in Vollzug gebracht worden wäre, doch nie gültig sein. Diese Einen, die ich als individuell betheiligt voraussetze, haben eben darum, weil sie ein Recht haben, ein wirkfames Widerspruchsrecht, d. h. ein Recht, den Hindernissen zu begegnen, welche den Umfang ihrer Gerechtsame schmälern dürften. Ihr Recht bleibt ihnen unverrückt; denn eine solche Handlung, sei sie auch Handlung der Mehrheit, ist ein Eingriff in die Rechtsphäre jener — ein Unrecht: gegen solche Anmassungen darf man sein Recht mit Nachdruck verfolgen. Hier kann man freilich sagen, der Widerspruch des in seinem Rechte gekränkten Einen vermag mehr, als die Meinung, oder der Beschluss der Mehrheit. Aber dieser Regel allgemeine Geltenheit zu geben, sie insbesondere auf die Zerschlagung der Gemeinweiden anwenden zu wollen, finde ich der Natur der Sache, und der Absicht dieses Gesetzes widerstrebend.

§. 27.

3) Ein gleich entsprechender Sinn liegt in l. 28. D. commun. divid., wo es heisst: „in re communi neminem dominorum jure facere quidquam, invito altero, posse.“ Keiner der Miteigenthümer, oder Theilhaber an der gemeinschaftlichen Sache, kann für sich eine Verfügung über dieselbe, so lange sie es ist, gegen den Willen der übrigen Theilhaber, selbstständig vornehmen. Zufolge dieser an sich vollkommen gültigen Rechtsregel soll, wenn unter Mehrern eine wahre Gemeinschaft besteht, kein einzelner Gemeiner in die Sphäre des Ganzen willkührlich und eigenmächtig eingreifen. Entweder ist einem Jeden schon ein eigener oder Allen nur ein und der nämliche Wirkungskreis angewiesen. Diesen soll und darf keiner überschreiten; jede Ueberschreitung wäre Läsion des Rechts eines andern. Diese Wahrheit bleibt unverbrüchliche Norme für alle Gemeinglieder, so lange die Gemeinheit eine Gemeinheit, und das Gemeingut ein Gemeingut bleibt. Allein ganz ein anders Verhältniss tritt alsdann ein, wenn das Gemeingut aufgelöset, und ein oder mehrere aus der Gemeinheit austreten. Da bedient sich jeder seines freien Rechts; er entzieht seinen bisherigen Mitgemeinern nichts, was ihnen gehört; er thut, was er zu thun als freies Mitglied das be-

sondere Recht hat; er fodert, was er zu fodern be-
rechtiget ist.

§. 28.

4) Noch deutlicher wird dieser Sinn, wenn man mit dieser Rechtsregel den l. ii. D. de fervit. praed. rustic. vergleicht, wo es heisst: „plures fundi domini, uno solo diffentiente, fundo fervitutem imponere nequeunt.“ Auch diese Stelle will zum Beweise aufgestellt werden, dass keine Stimmenmehrheit, folglich noch viel weniger der Wille eines einzigen Gemeiners, die Vertheilung einer Gemeinweide entscheiden könne.

Dass die Mehrheit die Minorität nicht zwingen dürfe, aus der einmal beliebten Gemeinschaft zu treten, ist eine Wahrheit, die, abgesehen von dieser Regel, schon für sich entschieden ist. Dass aber kein Gemeiner ohne dem Willen Aller auf die Auszeigung und Herausgabe seines an dem Ganzen ihm gebührenden Antheiles sollte rechtlich klagen dürfen, finde ich aus dieser gesetzlichen Stelle keineswegs bewährt. Dieses Gesetz hat eigentlich keinen andern Sinn, als den, dass Einzelne das Gemeingut, welches sie mit noch Mehrern besitzen, nicht für ihre Person allein belästigen dürfen. Auf das Ganze darf ein Einzelner nicht für sich, sondern er kann nur in Verbindung

mit Allen wirken. Unternähme er es, der That nach, so wirkte er auf eine Sache, auf welche er, als Individuum, allein zu wirken weder Beruf noch Recht hat. Das vorliegende Gesetz spricht von Auflegung einer Grunddienstbarkeit, also von Beschwerung eines Gemeingutes. Durch die Errichtung eines Grunddienstbarkeitsrechtes wird offenbar der Werth des Gutes vermindert, welches damit beschwert wird. Wer für sich auf die gemeine Sache ein solches Recht constituit, verringert nicht blos den Werth seines eigenen Antheils an derselben, sondern den Werth des Ganzen: er entzieht also auch den übrigen etwas an ihrer Habe, dazu ist der Einzelne, ohne Auftrag, und ohne beitreter Einwilligung der übrigen, als Individuum, freilich nicht berufen: er grief vielmehr zu deren Nachtheile in ihre, d. h. in eine fremde, Sphäre ein, und handelte unrecht; dieser, und kein anderer, ist und kann der Sinn des angeführten Gesetzes sein: niemals aber wird man die nothwendige Einstimmigkeit Aller zur Vertheilung eines Gemeingutes aus diesem Texte erzwingen wollen.

§. 29.

5) Was endlich noch den l. ii. D. de regul. jur. betrifft, wo es heisst: „quod nostrum est, non definit esse nostrum sine nostra volun-

tate;" so liegt auch darin dasjenige nicht, was die Vertheidiger der Einstimmigkeit aller Gemeiner zur Vertheilung der Gemeinweiden gefunden zu haben glauben. Der Ausdruck: „nostrum“ sagt mir nichts anders aus, als jemandes Seine, es mag dieser Jemand ein Individuum, oder eine moralische Person sein.

Diese Erklärung entspricht allein dem Sprachgebrauche. Das Seine kann nun freilich Niemandem gegen seinen Willen geradezu, ohne Rechtsverletzung, entzogen werden. Allein wenn ein Gemeiner nach der Bestimmung seines freien Willens aus der Gemeinschaft austritt, seinen Antheil fodert, und von dem Gemeingute hinwegnimmt, so nimmt er Etwas, worauf er, als Miteigenthümer, an dem gemeinen Gute ein Recht hat; er entzieht weder der übrigen Gemeinheit Etwas an dem Ihrigen, noch einem einzelnen Gemeiner Etwas an dem Seinen; das, was er fodert, und erhalten soll, war, obgleich nur idealisch, doch schon vorher ein Seines von ihm. Die ganze Gesetzesstelle paßt demnach gar nicht einmal auf den Gegenstand, wovon hier die Frage ist.

§. 30.

Durch das Bisherige glaube ich erwiesen zu haben, daß weder Einstimmigkeit Aller, noch Mehr-

heit der Stimmen, die Zerschlagung der Gemeinweiden allein bestimme, sondern, dass sowol der Natur der Sache, als selbst positiven Gesetzen, die Behauptung entspreche, dass die Fortdauer einer Gemeinschaft von dem individuellen Willen der Einzelnen rechtlich abhänge.

§. 31.

Ein härter aufzulösendes Problem scheint das zu sein: Wie soll die Vertheilung der Gemeinweiden geschehen? Nach welchem Maasstabe sollen sie vertheilet werden?

Ueber diese Frage theilen sich die Meinungen der Rechtslehrer noch weit mehr, als über die vorhin schon berichtigte. Einige entnehmen die Norm der Vertheilung von dem mehrern oder geringern Viehstande; Andere wollen die Theile nach der Grösse der Besitzungen der Einzelnen reguliren; wieder Andere entscheiden diese Theilung nach dem Frohnregister; noch Andere nach dem Maasstabe, nach welchem in jedem Orte die Gemeinlasten vertheilet zu werden pflegen.

Wenn man die Sache in blos rechtliche Ansicht stellt, und darnach beurtheilet, ohne auf besondere Nebenumstände auch nur entfernte Rücksicht zu nehmen, so wird sich gegen alle vorstehende Meinun-

gen zum Resultate ergeben, daß die Abtheilung der Gemeinden, in so ferne sie zu Ganz zerfchlagen wird, in völlig gleiche Theile geschehen solle, oder, wenn etwa nur Einer, oder der Andere, seinen Antheil an der Gemeinweide heraus haben will, dieser einen der Anzahl aller Gemeiner entsprechenden gleichen Viriltheil zu fodern das Recht habe.

Ich verfuche den Beweis!

§. 31.

I. Die Gemeinweiden sind, ihrer Entstehung nach betrachtet, ein Theil des Grundes und Bodens, welchen eine Gemeinheit bei ihrer Ansiedelung in ihren ausschließlichen Gesamtbefitz nahm, der aber bei der Ackervertheilung unter die Gemeiner zum Privateigenthume nicht gegeben, sondern, als unangebauter Platz, bloß zur Abweidung des gemeinen Viehes in dem ursprünglichen Gemeinbesitze zurückbehalten worden ist. Dieses konnte nur dadurch geschehen, daß die Gemeiner vertragsmäßig zusammenstimmten, sich in eine allgemeine Gemeinschaft setzten, und erklärten, daß sie diesen Theil ihres occupirten Grundes und Bodens unangebauet lassen, und als ein Eigenthum zum gemeinschaftlichen Gebrauche — zur Weide — besitzen wollen. Davon kann eben die Rede nicht sein, ob je ein solcher Vertrag ausdrücklich in der

Zeit geschlossen, oder, ob die Ackervertheilung, und die Auscheidung einer Gemeinweide ganz bestimmt auch empirisch angenommen worden sei. Dem sei aber, wie ihm wolle, so bleibt doch immer die Idee richtig, dafs ein solcher Gemeinplatz — die Gemeinweide — in einer ursprünglichen Gemeinschaft, in einem Gesamteigenthume Aller Gemeiner, sich erhalten habe.

Fasset man den Begriff einer ursprünglichen Gemeinschaft gehörig auf *), so wird man gar bald einsehen, dafs ein solcher unangebaut gebliebene Platz, der bei der Ackervertheilung nicht mit in die Theilung gezogen worden ist, ein Eigenthum der Gemeinde geblieben sei, und dafs, weil der ganzen Gemeinheit, als solcher, das Sachenrecht darauf zukam, eben darum kein Individuum ein mehrers Recht, als das andere, haben konnte oder durfte. Darauf, welche Modificationen die Benutzung hier und da erlitten hat, kömmt es bei dieser Frage um so weniger an, als sich von der Art der Benutzung auf das Eigenthum gar

*) Man confundire aber den eben gebrauchten Ausdruck nicht mit dem ursprünglichen Gemeinbesitze in Relation auf die Entstehung eines Staats! Ich rede hier nur von einer im Staate existirenden Vielheit. —

nicht folgern läßt (§. 13 u. 14.). Denke man sich z. B. eine allgemeine quæstuarische Gesellschaft, wobei, ohngeachtet gleicher Rechte der Individuen an dem Gesamteigenthume, doch der Rentenbezug aus der gemeinen Kasse den jedesmaligen Bedürfnissen der Einzelnen accommodirt, folglich in Relation auf die Personen der Individuen ungleich ist, so wird man nicht zweifeln, daß die Benützung einer gemeinen Sache in ihrer Art blos zufällig sei, und eben darum keinen Grund eines richtigen Schlusses auf die Formation des Eigenthums abgeben könne.

§. 32.

II. Eine Gemeinweide ist ein noch unangebauter leerer, blos zum Viehtriebe bestimmter, Platz, der sich in seinem ursprünglichen Gemeinbesitze befindet, und eine, zwar wirkliche, aber noch ungetheilte Gesamthabe der ganzen Gemeinheit, oder der in Gemeinschaft gesetzten Vielheit, ausmacht. Alle Glieder derselben zusammen haben ein Recht und ein Eigenthum daran, und als Theile der nämlichen Gesamtheit, eigentlich als Einheiten einer und eben derselben Vielheit, welche diesen Gemeinplatz vertragsmäßig im ursprünglichen Gesamtbefitze inne hat, hat eben darum ein Jeder ein freilich noch intelligibles, aber gleiches, Recht mit jedem der übrigen, welchen er

in der Gemeinschaft coexistirt. In diesem Zustande wäre eine jede Ungleichheit der Rechte widersprechend.

§. 33.

III. Hauptsächlich können sich zwei Fälle ergeben: entweder die ganze Gemeinheit — alle Glieder einstimmig wünschen und begehren eine gänzliche Auflösung der Gemeinweide, und wollen den bisherigen Gesamtbefitz in ein wahres Privateigenthum unter sich umwandeln, oder es sind nur ein oder einige Glieder, welche ihre an dem Gemeingute ihnen zukommenden Raten heraus verlangen, um selbe privatim zum eigenen und ausschließlichen Gebrauche zu besitzen. Welcher Maasstab ist dort, und welcher hier der rechtliche, nach dem die Theilung geschehen soll? Sind diese beiden Fälle im rechtlichen Verhältnisse wesentlich verschieden oder nicht?

§. 34.

Im ersten Falle, wenn die bisher bestandene Gesamtheit nach dem Gemeinwillen ganz aufgelöst wird, hört das Gemeinrecht Aller zu sein auf: der ursprüngliche Gemeinbesitz unter ihnen geht in Privateigenthum über; die bisher nur intellektualen Rechte der einzelnen Individuen an dem Gemeingute — die

Rechte der Einzelnen in abstracto, werden von izt an rührig, und empirisch einzeln gesetzt. Was vorher ein Gesamtrecht Aller war, wird dadurch in so viele einzelne Privatrechte aufgelöst, als es Individuen waren, die in dem ursprünglichen Gesamtbesitze bisher bey - und nebeneinander stunden. Diese Umwandlung bringt zwar im Ganzen in so weit eine Aenderung mit sich, dafs nunmehr in die Stelle des ursprünglichen Gesamtbesitzes ein Privateigenthum eintritt; allein die Zerschlagung desselben in einzelne Theile kann gegen die Gemeinindividuen keine Ungleichheit mit sich führen; die herzustellenden einzelnen empirischen Theile (*pars phaenomenon*) können, ohne das Recht der Einzelnen selbst in Widerspruch zu setzen, nicht anders, weder gröfser noch geringer zugeschlagen werden, als bisher die rechtlichen Antheile der Individuen in der Gemeinschaft waren. Intelligible Rechte, wenn sie es blos zu sein aufhören, und empirisch gesetzt werden, müssen, ihrer Intensität nach, auch in concreto die nämlichen bleiben. Wenn nun nach der Idee der ursprünglichen Gemeinschaft die Gemeinweiden der ganzen Gemeinheit so angehörten, dafs alle ihre Mitglieder zusammen genommen der ungetheilte Eigenthümer waren, und wenn es der Begriff eines ursprünglichen Besitzes selbst schon mit sich bringt, dafs ein jeder ein gleiches Recht

darauf habe, so bleibt es eine richtige Consequenz, daß die wirkliche Abtheilung der Gemeinweiden in keine andere, als Viriltheile, rechtlich geschehen könne. Dem Rechte an sich darf seine Realisation nicht widersprechen.

§. 35.

Im zweiten Falle, wo nur einzelne Glieder aus der Gemeinheit heraustreten, und den sie betreffenden Antheil verlangen, kann man sich ebenfalls keinen andern Maasstab denken, als den, nach welchem sich der Antheil eines jeden Gemeiners an dem Gemeingute vorher bestimmte; vor der Theilung, wo noch die ganze Gemeinheit in ihrer Wesenheit bestand, war der igt getheilt werden sollende Platz in seiner ursprünglichen Gemeinschaft, die, als solche, jedem Gemeiner ein gleiches Recht gewährte. Geht man von der Idee zur Wirklichkeit über, so soll die nämliche Gleichheit individuell in der Erfahrung, wie vorher in der Idee, erscheinen; man müßte nur die Absurdität als rechtlich annehmen, daß die Realisation eines Rechtes, auch ohne Rechtsverletzung, eine Verminderung in der Intensität desselben mit sich führen dürfte. Man setze, zum Beispiele, daß die Gemeinheit mit dem Gemeinplatze da, wo er es noch ist, eine Vorkehrung, etwa z. B. eine Ausschlagung

eines Wassergrabens, eine Befriedung u. dgl. vornehmen will, so haben alle Gemeiner einzeln darüber abzustimmen; ohne Rücksicht auf andere Verhältnisse, die oft nur eine Geburt des Zufalles sind, gilt eines jeden Stimme gleich viel, er sey ein Anspänner oder ein Halbhübner; er besitze mehr oder weniger Acker. Diese gleiche Gültigkeit einer jeden einzelnen Stimme beweiset offenbar Gleichheit der Rechte aller Individuen unter sich, und zwar nach den Personen, und keineswegs nach den Realitäten, die sie inne haben; im Gegenfatze müßte der Anspänner eine volle, und der Halbhübner eine halbe Stimme haben, oder doch des Letztern Stimme um die Hälfte weniger vermögen, als des erstern seine. Dieses ist nun aber selbst in der Erfahrung nirgends der Fall. Es kann demnach bei verlangter Auscheidung eines Theiles kein anderer als ein Viriltheil demjenigen, der in das Privateigenthum übergehen will, rechtlich zugedacht werden. Dies Recht behauptet jederzeit seinen gleichen Charakter.

§. 36.

Man schlägt zwar noch verschiedene andere Maassstäbe vor, nach welchen die Gemeinweiden an die Gemeinglieder vertheilet werden sollen. Allein nach meiner Ueberzeugung bestehen sie insgesamt die Probe nicht:

nicht: man erlaube mir, sie einer besondern Berichtigung zu würdigen.

A. Einige suchen die Theilungsnorme aus den herrschaftlichen oder amtlichen Frohnregistern zu erhalten, und schreiben jedem Gemeiner einen der ihn betreffenden Frohnlast entsprechenden Antheil zu. Als Postulat vorausgesetzt, daß ein rechtlicher Theilungs-Maasstab über Mein und Dein allgemein und unveränderlich seyn soll, und in keinem Betrachte von Zufällen, die sich mehren und mindern können, abhängen darf, so wird sich gar bald ergeben, daß keine Art Frohnleistung einen zum Zwecke führenden rechtlichen Maasstab abgeben könne. Alle Frohnen, fogar zugegeben, daß sie auf eine gültige Weise errichtet sind, können nur einen zweifachen Grund haben. Die Frohnpflicht begründet sich entweder a) aus der allgemeinen Staatsunterthänigkeit; diese verbindet zu den Staats- oder regalischen Frohnen, zu welchen jeder Staatsbürger, als solcher, verpflichtet ist; oder b) aus Gutsübergabsverträgen, vermöge deren ein Landeigenthümer seine Grundstücke, oder einen Theil davon, jemand entweder in das Eigenthum, oder zur Bebauung, übergiebt, unter dem Beding, ihm da-

für eine jährliche Reichniss zu geben, oder Dienste zu leisten. *)

Was die Staatsfrohn betrifft, so ordnet sich ihre Quantität nach den jedesmaligen öffentlichen Bedürfnissen; deren höherer oder niederer Grad vermehret oder verringert die Quantität der erstern. Einmal trifft den Staatsbürger eine Staatsfrohnlast zu Eins; über ein halbes oder ein ganzes Jahr vielleicht eine zu Zwey, und so progressivisch bald mehr, bald weniger. Würde man nun nach dieser zeitlichen Frohnquantität die Abtheilung der Gemeinweide vornehmen, so würde in einer Zeit den Staatsbürger A ein Tagwerk, und in einer andern Zeit den nämlichen Staatsbürger etwa zwey Tagwerke von dem Gemeinplatze treffen. Die ganze Abtheilung wäre demnach auf keinen sichern Fuß gebauet, und eben daher kann dieser Maasstab, als der eigentliche, nicht angenommen werden.

So unstätig die von der Staatsfrohnlast hergenommene Norm ist, eben so unsicher ist auch die aus den Gutsübergabsverträgen abgezogene. Wer

*) Diese Dienste sollten aber keine Frohnen genannt werden; der Name ist nur abusive auf sie übertragen worden.

kennt nicht, dafs es willkürliche Anschläge find, nach welchen der Gutsbebauer theils seine dingliche Abgaben, theils die ihm vorgerechneten Dienste, der Guts- herrschaft leisten mufs. Zieht man über dieses in Erwägung, dafs diese Frohnlast, welches noch ein sel- tener Fall ist, auf das Bedürfnis des Fodernden ein- geschränkt ist, so wird man sich auch schon aus diesem überzeugen können, dafs der davon abgenommene Maasstab, seiner mit sich führenden Veränderlichkeit wegen, nicht nur nicht tauge, sondern auch aus gar vielerlei andern Ansichten unrechtlich sey.

§. 37.

B. Andere nehmen bei der Vertheilung der Ge- meinweiden auf die grössere oder geringere Ausdeh- nung der Besitzungen an liegenden Gütern Rücksicht, und wollen nach dem Verhältnisse der Morgen Lan- des, die der Einzelne besitzt, ihm einen proportionir- lichen Antheil zuerschlagen. Wenn A. itzt sechs Mor- gen Landes, und B. nur drei Morgen besitzt, so soll, ihrer Meinung nach, A. noch einmal so viel als B. aus dem Gemeinlande in sein ausschliessliches oder privates Eigenthum erhalten.

Vorausgesetzt aus der allgemeinen Rechtslehre, dafs ein Recht nach blossen Zufällen keine Modifica- tion erleiden dürfe, noch könne, so wird sich gar

bald zeigen, daß die Quantität der Besitzungen kein rechtlicher Maasstab seyn könne.

Es ist zwar eine völlig entschiedene Wahrheit, daß die Benutzung an den Gemeinweiden durch den mehrern oder geringern Oekonomie - Stand eines Gemeinindividuums, folglich durch die mehrere oder geringere Ausdehnung der Besitzungen, verhältnismässig modificirt werde, und werden soll. Der vernünftige Oekonom wird seinen Viehstand immer auf eine solche Art einrichten, daß er in einem schicklichen Verhältnisse mit seinen Aeckern und Wiesen stehe, den zur Fruchtbarmachung derselben erforderlichen Dünger erhalte, und sich zugleich im Stande sieht, sein Vieh, auch nach der Ackerszeit, ohne Schmälerung, mit eigends gewonnenem Futter überwintern zu können.

Allein so zufällig und wandelbar die Grösse der Besitzungen ist, so zufällig und wandelbar ist auch die Benützung an der Gemeinweide. Jene, wie diese, leidet durch Zeitumstände zu bewirkende Modificationen: ein unvorhergesehener Zuwachs am Vermögen setzt den Landbebauer in den Stand, mehrere Ländereien und einen zahlreichen Viehstand sich beyzuschaffen, während auf einer andern Seite ein Unglücksfall seiner Nachbarn um den mehrern Theil seiner Besitzungen bringt, und seinen Viehstand um einen beträchtlichen Theil zu verringern nöthiget.

Man setze: Titius treibe sechs, und Maevius zwölf Stücke Viehes auf die Gemeinweide, weil jener gerade sechs, Maevius zwölf Stücke Viehes nach dem Verhältnisse seines Oekonomie - Zustandes schicklich erhalten und überwintern kann. Nun theile man die Gemeindeweide, so wird, wenn auf den zeitlichen Besitzstand, und die zu überwinternde Anzahl des Viehes gesehen, und darnach die ganze Abtheilung berechnet wird, Maevius einen noch so großen Antheil aus derselben erhalten, als Titius. Denn der Theilungsmaasstab auf Seite des Ersten ist zur Hälfte größer, als auf der Seite des Letztern. Wer wird aber läugnen wollen, daß auch Titius sollte zwölf Stücke Viehes erwerben, und in der Folge weiden lassen dürfen, wenn seine, und die Gutsverhältnisse Aller, oder Mehrerer seiner Mitgemeiner, sich ändern werden. Wem heute vier Morgen Landes aus dem Gemeindeplatze zugesprochen worden, dem darf vielleicht nach einer kurzen Zeit, unter Voraussetzung des angenommenen Maasstabes, nur mehr ein Morgen Feldes zuerkannt werden.

Unstreitig ist der von der Grösse der itzigen, in Zeit und Raume gegebenen, Besitzungen hergenommene Bestimmungsgrund ein bloß zufälliger, einzig durch Zeitumstände modificirter. Ein an sich stets wandelbares Verhältniß wird niemals fürdauernde rechtliche

Wirkungen erzeugen können, sondern die rechtliche Vertheilung eines Gemeineigenthums, oder die Auflösung einer ursprünglichen Gemeinschaft, muß nach einem solchen rechtlichen Maasstabe geschehen, der sich immerfort gleich und der nämliche bleibt. Das Recht besteht an sich, hängt und kann nicht von Zufällen abhängen. Dieses würde bei einem jeden andern Maasstabe der Fall seyn, auffer bei dem, der von der Gleichheit der Rechte der Einzelnen in der Gemeinheit hergenommen ist.

§. 38.

Sey nun auch die Basis bestimmt, wann, und wie die Gemeinweiden abgetheilet werden sollen, so bleibt demungeachtet noch eine wichtige Frage übrig, nämlich: wer find denn die Subjekte, die theils die Theilung bestimmen, theils wirkliche Antheile daran zu nehmen haben: können daran alle Innwohner einer Stadt, eines Marktes, Fleckens oder Dorfes Antheil nehmen, oder nur die sogenannten bemaienten Bauern, wahre Bauern, oder nur diejenigen, welche Feld- und Kultursgründe wirklich besitzen, und sollen diejenigen von der Theilnahme ausgeschlossen werden, welche zwar wirkliche Bürger und Gemeiner sind, aber noch zur Zeit keine liegende Realität inne haben?

Diese Frage ist nicht so unwichtig, als sie scheint: schon tritt in L** der Fall ein, wo nicht nur über die Art der Theilung, sondern auch darüber gestritten wird, wer, wenn die Theilung vor sich geht, an selber Antheil zu nehmen habe, — ob blos Hausgesessene oder andere, — ob wirkliche Bauern, — ob auch Leerhäuser eine Ration erhalten sollen?

Wenn man die Sache nimmt, wie sie die Erfahrung für sich, ohne Zuthun, giebt, so stoßen so manche Zweifel auf, die bald auf Bejahung, bald auf Verneinung, bald auf einen Mittelweg zu führen scheinen. Allein die Wahrheit scheint mir unter Augen, welche sehen wollen, unter allen diesen vermeintlichen Problemen in der Mitte zu liegen.

§. 39.

Bei dieser Untersuchung muß die rein-rechtliche von der politischen Ansicht sorglich getrennt werden. Manche Eiferer für Recht und Wahrheit kämpfen zwar sehr männlich für die gute Sache, vertheidigen letztere nach einer richtig aufgefaßten Idee; allein ihr Eifer veranlaßt sie gar manchmal, über das Recht hinauszuschreiten, und demselben politische Wünsche zur Seite zu stellen, die nicht selten ein Erzeugniß fürchterlicher Blicke in ein System einer noch nicht ganz gereiften Staatswirthschaft sind.

Dem unbefangenen Prüfer der Sache, der mit kälterm Blute die Untersuchung beginnt, entgeht es keineswegs, daß solche Fortschritte nur auf Kosten des Rechts durchgesetzt werden können.

Es ist ein gar bedeutender Unterschied zwischen der Auflösung der Gemeinplätze in privates Eigenthum nach dem Postulate des Rechts, und nach einer unter dem Schilde verdeckten Bevölkerungs- und Ansiedelungs-Idee. Diese, wenn sie nicht mit aller Schärfe berechnet wird, kann nur zu leicht auf Resultate führen, die die Probe nach dem Postulate des Rechts kaum, oder gar nicht vertragen.

Der Zweck meiner Abhandlung wird mich rechtfertigen, wenn ich auch darüber meine Gedanken zur öffentlichen Beurtheilung preisgebe.

§. 40.

Gemeinplätze, wie man sie in den Gemeinheiten antrifft, stehen in dem Gesamtbesitze, und in dem gemeinen Eigenthume der die ganze Gemeinde gebenden Vielheit: alle diese constituirenden Individuen, zusammen genommen, sind der eine Eigenthümer derselben, behaupten als Gesamteigenthümer die Eigenthumsrechte zusammen, und können eben darum allein diejenigen Subjekte seyn, welche, bei der Auf-

lösung der Gemeinschaft in Theile einzutreten, von Gesamteigenthums wegen befugt sind. Diese Individuen, welche die Vielheit constituiren, sind wahre, eigentliche, oder aktive Mitglieder der Gemeinde.

Wer also kein wirklicher, aktiver Gemeiner ist, hat an dem Gemeinplatze da, wo er noch in Gemeinschaft besteht, keinen, nicht den geringsten Antheil, denn er steht, dem Begriffe nach, nicht unter der Bedingung, die ihn zum Antheile rechtlich befähiget. Er ist kein eigentliches Individuum der bestehenden Vielheit.

Dass die Abtheilung dieser Gemeinplätze mit dem vorher gesetzten Gesamteigenthume gleichen Schritt halten müsse, ist eine so natürliche Consequenz, dass sie wohl keiner weiteren Aufklärung bedürftig gehalten werden kann. Folglich kann bei der Zerschlagung der Gemeinplätze nur derjenige mit einem rechtlichen Ansprüche auftreten, der sich gültig unter die eigentlichen Gemeiner zählen darf. Unter welchem Titel er aber ein Gemeiner geworden ist, — ob er sich durch den Erwerb eines oder mehrerer Grundstücke, oder durch Treibung eines bestimmten Gewerbes, oder sonst durch einen rechtlichen Weg dazu fähig gemacht habe, darf hier wohl in keine Betrachtung mehr gezogen werden; seine Qualität,

als Bedingung, ist schon gegeben, und damit sein Recht gesetzt, es mag dann erstere, unter welcher immer für einen, wenn nur rechtlichen, Vorwand gewonnen worden seyn.

§. 41.

Ueberträgt man diese mit dem Postulate des Rechtes vollkommen zusammenstimmende Idee auf die Erfahrungs - Verhältnisse, so wird die Entscheidung über die Frage, wer bey der Vertheilung der Gemeinplätze mit Recht einen Antheil fodern dürfe, wohl keiner Schwierigkeit mehr unterworfen seyn.

In einer Stadt - oder Marktgemeinheit erfordert die Aktivität eines Gemeiners die Einbürgerung oder die Einschreibung in die Bürgermatrikul: nur der ist ein wirklicher Gemeiner, der in der Bürgerliste, als solcher, bezeichnet ist.

Diese zusammen genommen, geben die, die ganze Gemeinheit bildende, wirkliche Vielheit; nur diese, in ihrer moralischen Einheit betrachtet, sind die Eigenthümer des zur Gemeinde gehörenden Gemeinplatzes, und nur diese allein können eben darum, bei der Auflösung desselben, auf einen bestimmten Theil rechtlichen Anspruch machen. Ob dann diese Gemeiner, die aktive Bürger in der Gemeinheit sind, ein

Haus besitzen, eigenthümliche Grundstücke bebauen, oder ein bürgerliches Gewerbe treiben, ihre Wohnung in Miethe, oder eigenthümlich inne haben, alles dieses macht keinen rechtlichen Unterschied in der Theilung des Eigenthums: weil dieses durch die Proprietät allein wesentlich charakterisirt, und diese nur unter der Bürgerqualität bedingt ist. (§. 40.)

§. 42.

Nun findet man der Erfahrung nach auch noch in den Städten Innhaber von Häusern und Besitzungen, welche einen sogenannten gefreiten Stand bilden: diese — man sehe über die Anomalie ihres Zustandes hinweg! — verlangen ebenfalls einen Antheil an dem Gemeinplatze, wenn selber vertheilet wird. Der Titel, mit welchem sie diese Forderung zu unterstützen pflegen, beruht gewöhnlich darauf, weil sie auch bei den gemeinen Lasten mitgetragen haben, oder mitbeizutragen bereit sind, als z. B. bei Einquartierungen, Straßenfronfahren, Stadtbrünnen-Unterhaltung und andern ähnlichen Ereignissen.

Allein 1) dieser sogenannte gefreite Stand, eben darum, weil er es ist, lebt zwar in civitate, ist aber nicht de civitate, d. h. er genießt zwar das Recht, in der Stadt ein Haus zu besitzen, ist

aber nichts weniger als ein Bürger, und folglich gehört er eigentlich nicht zur Gemeinheit, oder er ist kein Individuum der bürgerlichen Vielheit. Aus dieser Ursache kann er als kein Theilhaber an dem Gesamteigenthume des Gemeinplatzes angesehen, noch weniger zur Theilung zugelassen werden. Er steht nicht unter der Bedingung, welche ihn zu einem oder dem andern fähig machte.

2) Mag er auch Einquartierungen tragen, so trifft ihn diese Last nur in außerordentlichen Fällen, und selbst unter Verwahrung gegen jedes mögliche Praejudiz, welches daraus entstehen dürfte. Zudem ist die allgemeine Einquartierungsart keine Bürde, die den Stadtbürger, als solchen, sondern als Staatsbürger, trifft, und von dieser Klasse wird sich ja wohl der gefreite Stand nicht ausnehmen wollen. Diese Pflichterfüllung kennt keinen Unterschied zwischen einem Stadtbürger und Nicht - Stadtbürger, sondern sie trifft den Staatsbürger an seinem Wohnorte, wer er auch seyn möge.

3) Eben so gehören die Straffenfronfahren unter diejenigen Dienste, welche dem Staatsbürger im Falle eines öffentlichen Bedürfnisses, als solchem, obliegen. Die Leistung dieser beweiset an und für sich noch keineswegs, daß jemand ein Gemeiner einer besondern Gemeinheit sey.

4) Wenn der gefreite Stand zur Erhaltung der öffentlichen Stadtbrünnen Beiträge macht, so erfüllt er nur eine Verbindlichkeit, zu welcher ihn schon der Gebrauch derselben verpflichtet; aus dieser Pflichtleistung läßt sich auf die Qualität eines Gemeiners oder Bürgers eben so wenig sicher schliessen, als wenig man mit Grund behaupten mag, daß ein Durchreisender, der einer Stadt einen Pflaster- oder Brückenzoll, oder, was eben so viel ausagt, einen Beitrag zur Erhaltung des Stadtpflasters und der Stadtbrücke bezahlte, darum allein schon ein Gemeiner oder Bürger der Stadt geworden sey. Die gemeine Regel „qui sentit incommodum, habet jus ad commodum“ mag wohl ihre richtige Anwendung haben; allein man erstrecke sie nicht auf Gegenstände, die unter ganz andern Bedingungen eintreten.

Will demnach dieser gefreite Stand in einer Gemeinheit die Rechtsvorteile eines wirklichen Gemeiners genießen, so lege er seine ohnehin dem Rechtspostulate gerade entgegengesetzte Praerogative ab, und schliesse sich wahrhaft der Vielheit an, unter welcher er lebt.

Alsdann, wenn er die eigentlich bürgerliche Qualität angenommen hat, und in die Rechte und Verbindlichkeiten eines aktiven Bürgers eingetreten

ist, mag er auch bürgerliche Ansprüche zur rechtlichen Sprache bringen.

§. 43.

In Dorfgemeinheiten fällt es schon für sich in die Augen, welche Subjekte es sind, unter die der Gemeinplatz vertheilet werden soll. Sicher entscheidet hier auch die Aktivität eines Gemeiners. Wer ein wirklicher Gemeiner ist, fodert mit Recht einen Theil, denn er ist in der bestehenden Vielheit, also in dem gemeinen Eigenthümer, mitbegriffen.

Allein, wird man mir entgegen setzen, es finden sich doch auch in den Gemeinheiten Gewerks- und Gewerbsleute, die keine Bauern sind, und keinen Ackerbau treiben; es giebt darin Leerhäusler, die keinen Grund und Boden besitzen, und in der Gemeinheit sind. Soll man auch diese mittheilen lassen?

So viel die Gewerbs- und Gewerksleute in einer Dorfgemeinheit betrifft, so gehören diese unstreitig als wahre Mitglieder zur Gemeinheit, sie führen mit jedem andern Gemeiner auf dem Gemeintage eine gleiche Stimme, sie sind nicht nur in, sondern auch von der Vielheit, sie gehören folglich zum eigentlichen Gesamteigenthümer des Gemeinplatzes, und haben eben darum mit jedem andern Gemeiner ein gleiches Theilungsrecht, denn sie stehen wirklich unter der Bedingung, unter welcher es statt findet.

Ganz ein anders ist das Verhältniß der sogenannten Leerhäusler. Diese, wenn wir sie auf ihre Entstehung und ihre ursprüngliche Wesenheit zurück verfolgen, erscheinen uns nicht als aktive Mitglieder der Gemeinheit, worin sie leben; sie sind nur Tag-

löhner , die ihre Dienste den wahren Gemeingliedern gegen ein angemessenes Miethgeld zu leisten versprochen haben.

Ihre Aufnahme geschieht von der ganzen Gemeinschaft unter der oben gesagten Bedingung ; sie erhalten kein Gemeinrecht , führen auf dem Gemeintage keine Stimme , haben auch kein Recht zu den Gemeinvortheilen , und , liefs man sie auch hier und da an gewissen Vortheilen z. B. an der Gemeinwaldung , dem gemeinen Viehtriebe , u. dgl. Antheil nehmen , so hat diese Begebenheit nur ein Precarium zum Grunde , das noch auf keine Weise ein fürdauerndes Recht zu gewähren vermag.

Nach dem Postulate des Rechtes , und nach dem eigentlichen Begriffe eines Gemeineigenthums darf der Leerhäusler von der Vertheilung eines Gemeingutes mit Recht ausgeschlossen werden.

§. 44.

Hier ist der Scheidepunkt , wo sich Rechts - und politische Ansichten gegeneinander durchkreuzen. Viele Eiferer für die gute Sache wünschen dem Söldner und Leerhäusler aufzuhelfen , und sie in den Stand eines selbstständigen Bauern zu setzen. Auch ich stimme diesem gutgemeinten Wunsche bei ; demohngeachtet kann ich mich nicht bereden , daß dieser Uebtritt in die Selbstständigkeit auf Unkosten des Rechts berechnet werden soll.

Leerhäusler haben an und für sich kein Recht auf den Gemeinplätzen , weil sie keine aktiven Gemeiner sind. Allein es sind ihnen darum noch nicht alle Wege versperret , Gemeiner zu werden. Leere und unkultivirte Plätze giebt es fast in jeder Gemeinschaft :

überall, ich glaube mich nicht zu täuschen, trifft man auf Eigenthumslose, unbebaute Ländereien. Möchten doch diese durch die arbeitsfähigen Hände der Leerhäusler urbar gemacht werden, so würden diese dadurch nur gar zu leicht das Recht der Selbstständigkeit in einer Bauerngemeinschaft gewinnen können.

Und wäre dieses, was doch nicht leicht der Fall seyn wird, auch nicht thunlich, so könnten die Leerhäusler es auf dem Wege gütlicher Uebereinkunft mit den eigentlichen Gemeinern versuchen, in ihr Mittel aufgenommen zu werden. Es scheint mir nicht schwer zu lassen, daß auf diese Art ihr Verhältniß verbessert werden könnte. Allein wo kein Recht ist, läßt sich auch keines erzwingen.

§. 45.

Es ließe sich über den bisher behandelten Stoff nach staatswirthschaftlichen Rücksichten zwar noch vieles sagen: allein, nachdem ich mich blos mit der rechtlichen Untersuchung desselben befassen will, so beschliesse ich meine Abhandlung mit dem Wunsche, daß andere Männer, welche für die gute Sache Interesse fühlen, und in dem vorliegenden Gegenstande mit mir etwa nicht gleich denken, mir ihre Gedanken mittheilen mögen. Mein Wunsch ist, daß das Bestehende, wenn es die Kritik des Rechts noch nicht aushält, sondern von dem, was seyn soll, divergirt, wo nicht in das Rechtsgeleise gesetzt, doch wenigstens demselben angenähert werde.

II.

Prüfung des Satzes :

Qui excipit, non fatetur;

a b s t r a h i r t

aus dem

Umfange der Begriffe der Sache selbst.

§. I.

In mehrern Gerichtsordnungen *a)*, im römischen *b)* und kanonischen Rechte *c)*, und in vielen Schriften um die Rechtsgelehrsamkeit verdienter Schriftsteller *d)*, fand ich die gemeine Regel: „qui excipit, non fatetur“ unbedingt hingelegt. Sie fiel mir, vorzüglich im praktischen Leben, nicht selten bedenklich auf: denn ich wurde manchmal gewahr, daß wegen der unbedingten Anwendung dieses Satzes ein oder

a) Cod. jud. bavar. Cap. VI. §. 7. Kreitmaier Anmerk. zu selbem. Cap. VI. §. 7. lit. a.

b) L. 9 D. de except. l. 43. D. de R. J. l. 9. C. de except.

c) C. 6. X. de except. c. 63. de R. J. in VI.

d) D. Ernst. Gottf. Schmidt Theorie des gem. ord. Proceß. Leipzig. 1790. §. 109. S. 77. D. Christ. Martin Lehrbuch des teutschen gem. Proceß. Göttingen. 1800. §. 67. S. 74. D. Danz Grundsätze des gem. ord. bürgerlichen Processus, §. 185.

der andere streitende Theil oft ohne einem genügenden, oft ganz ohne allem bestimmenden Grunde in die Verlegenheit einer Beweishandlung versetzt wurde. Ich konnte es mit der Natur der vorliegenden Sache, und dem Zweckbegriffe der auf beyden Seiten aufgestellten Klage- und Vertheidigungsgründe, schlechterdings nicht vereinbaren, wenn ich anders mich nicht mit mir selbst in Widerspruch setzen wollte. Ich glaube daher, auf die Nachsicht der Leser rechnen zu dürfen, wenn ich über diese Regel eine Prüfung nach Begriffen anstelle, und meine Resultate darnach hier mittheile.

§. 2.

Es hat zwar schon der um die Vervollkommnung des teutschen gemeinen Processes so sehr verdiente H. Hofrath Gönner ^{a)} diesen Satz unter sein prüfendes Auge gezogen, und die darin liegende Wahrheit ins Reine zu setzen gesucht. Er giebt diesem bisher als unbedingt angenommenen Rechtsaxiome nur eine bedingte Kraft der Wahrheit, und behauptet, daß der Satz „qui excipit, non fatetur“ nur in so ferne als richtig angenommen werden könne,

^{a)} In seinem Handbuche des gem. teutschen Processus. I. B. Erlangen. 1801. Abh. XIX.

als man unter dem Worte: Exceptio, nichts anders versteht, als ein neues Vorbringen zur Entkräftung der Klage, denselben folglich nicht auf die ganze Handlung erstreckt, und ihm den andern Satz: wer ohne die Umstände der Klage durch eine besondere Litiscontestation abzuläugnen nur eine zerstörlische Einrede der Klage entgegenstellt, hat die Klage eingestanden“ zur Seite setzt.

Ich erkenne und achte den Werth dieser wohl durchgedachten Abhandlung; demohngeachtet halte ich es doch für kein zweckloses Unternehmen, über diesen Satz auch noch meine Gedanken ins Kurze zusammen zu fassen, und der öffentlichen Beurtheilung Preis zu geben.

§. 3.

Des Richters Sache ist, über den ihm vorgetragenen Rechtsstreit auszusprechen, oder diesen nach der Norm der Gesetze zu entscheiden. Weil nun der Richter, als Organ der Gesetze, aussprechen soll, so kann sein Ausspruch, oder das richterliche Erkenntniß, nichts anders seyn, als eine kategorische Beantwortung der Frage, ob das von den Partheien Gegebene — der konkrete Rechtsfall, unter dem Gesetze

stehe, oder mit dem vom Gesetze gedachten Falle identisch sey, oder nicht. a)

Der richterliche Ausspruch muß demnach nothwendig als ein Schlusssatz gedacht werden. Dieser läßt sich aber nicht ohne bestimmende Prämissen auffinden. Welche sind nun diese, und auf welchem Wege werden sie gefunden?

§. 4.

Diese auf den Schlusssatz führenden Praemissen, welche der Grund der Wahrheit desselben seyn sollen, sind zwey:

a) die richtige und genaue Bestimmung des Streit veranlassenden Factums mit allen auf den Streitpunkt beziehbaren Umständen, welche es begleiten, und

b) die Vergleichung der in diesem liegenden Merkmale, mit denjenigen, unter welchen der vom dem Gesetze vorausgesetzte Fall gedacht ist.

Beyde zusammen geben die Materie der richterlichen Beurtheilung: der Richter prüft sie, und leitet daraus die Folge ab, welche alsdann den Inhalt seines richterlichen Erkenntnisses ausmacht.

a) Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens.

§. 5.

Materiel betrachtet kommen nun beyde diese nothwendigen Prämissen wohl miteinander überein: allein sie unterscheiden sich sehr in der Art und Weise, wie sie aufgefunden, und auf den Grad der juridischen Gewissheit gebracht werden. Denn die Vergleichung der Merkmale des konkreten Falles mit den Merkmalen des im Gesetze vorausgesetzten Falles, das Auffinden ihrer Identität oder Contrarietät, gehört in den Wirkungskreis der richterlichen Thätigkeit. Der Richter, als Organ der Gesetze, muß über das Verhältniß des konkreten zu dem abstrakten Falle reflektiren; er muß prüfen; das von den Partheien gegebene Mannigfaltige in Einheit bringen, und darnach beurtheilen, ob, und in wie ferne der gegenwärtige Fall unter dem Gesetze stehe.

§. 6.

Hingegen der Vortrag des den Streit veranlassenden Factums und dessen Berichtigung ist Sache der Partheien. Wünschen diese einen richterlichen Entscheid über eine streitige Vorfällenheit, so müssen sie diese, als die zu entscheidende Materie, samt allen Einfluß habenden Umständen, ihrer Qualität und Quantität nach, dem Richter so in die Hand liefern, daß er sich im Stande fühlt, darüber zu reflektiren, und ein concludentes Resultat aus der vorgenommenen Reflexion auszusprechen.

Die Partheien müssen also dem Richter über den Streitfall juridische Gewissheit verschaffen, oder ihn in den Stand der Urtheilsfähigkeit setzen.

§. 7.

Der Kläger, welcher durch Aufrufung der richterlichen Hülfe das gekränkte Recht wieder sucht, muß demnach die Begebenheit, die ihn zur Klagestellung veranlaßt, samt allen ihren Theilen erzählen, über ihre wahre Beschaffenheit dem Richter beweisliche Erfahrungsgründe aufstellen, den factischen Grund seiner Klage mit Belegen unterstützen, und dem Richter über alle einzelnen Merkmale der ganzen Thathandlung, in so weit sie auf die Hauptentscheidung einen Einfluss haben, Gründe der Bewährung beizubringen suchen.

Es mag nun aber der Kläger die von ihm aufgestellte Thatgeschichte und seinen Klagegrund mit äußerlichen Bewährungs - Merkmalen, wie immer, belegen, so bleiben selbe doch allzeit nur einseitig, und vermögen, als einseitige Erfahrungsgründe, dem Richter, bey ihrer Zusammenstellung, gewifs niemals eine völlige Ueberzeugung zu verschaffen.

Der Richter soll, wie gezeigt worden, prüfen, und den konkreten Fall unter das Gesetz subsummiren.

So eine Subfumtion kann auf einer blos einseitigen Angabe der Bewährungsmerkmale nicht sicher gestellt seyn, weil es immer noch als möglich erscheint, daß der Beklagte unter ähnlichen, oder vielleicht gleich starken, Bewährungs - Mitteln, theils contradictorische, theils conträre Merkmale über die nämlichen Streitpunkte aufstelle, und auf diese Weise die sonst logische Einhelligkeit dieses Falles mit dem Gesetzlichen unmöglich mache. Eine einseitige Darstellung hat gleiche Gründe für und gegen ihre Wahrheit: dadurch ist die Möglichkeit eines Contradictoriums oder Contrariums auf der andern Seite noch nicht gehoben. Das Urtheil des Richters kann, der Modalität nach, nur problematisch seyn.

§. 8.

Der Richter hält daher mit seinem Urtheile noch zurück, und fodert vorher noch die Gegenerklärung vom Beklagten gegen des Klägers Vorbringen ab. Schon aus diesem, wenn ich auch von der Gleichheit der Rechte der beiden streitenden Theile, worauf, als dem Principe, der teutsche gemeine Prozeß berechnet ist ^{a)},

^{a)} Wie dieses sehr gründlich H. Hofrath G ö n n e r in seinem Handbuche des gemeinen teutschen Prozeßes Abh. VI. und XI. unter ganz neue Ansichten gestellt hat.

abstrahire, geht als nothwendige Folge hervor, daß jedem Beklagten der Weg der Vertheidigung offen gelassen werden solle.

Der Beklagte also darf sich auf die Klage erklären, und verantworten: ihm ist es erlaubt, des Klägers Vorbringen zu berichtigen, und Einreden dagegen vorzuschützen.

Auf diesem natürlichen Wege, und durch die Zusammenstellung der durch die gegenseitige Berichtigung gegebenen Merkmale der ganzen Thatgeschichte, wird der Streitfall in seinem zur Entscheidung erforderlichen Umfange, als die Materie der nachfolgenden richterlichen Prüfung, bestimmt.

§. 9.

Die Einreden, welche der Beklagte gegen den Kläger vorbringt, sieht das Gesetz *a)*, weil sie ein neues Vorbringen enthalten, als eine neue Klage an, setzt aus diesem Grunde den Beklagten mit dem Kläger in eine Klasse, und fodert auf gleiche Weise, wie von diesem die Begründung der Klage, von jenem die Bewährung seiner Verantwortung oder Einreden, wenn nicht schon aus andern beige-

a) L. 1. D. de except.

brachten Verhältnissen eine juridische Gewissheit von der Wahrheit und Richtigkeit derselben, ohne Zwang, hervorgeht,

§. 10.

Aus dieser gesetzlichen Stelle abstrahirte man die bekannte Regel „qui excipit, non fatetur.“

Wenn auch, sagte man, der Beklagte excipirt, und seine Einrede in einer Verwandtschaft mit der Klage, oder dem Klagegrunde, stehe, oder wenn auch die Einrede ein Geständnis zu enthalten scheine ^{a)}, so müsse demohingeachtet der Kläger noch, neben dem Beklagten, welchem der Beweis seiner Einrede obliegt, seine Klage beweisen. Diese Behauptung suchte man auch mit gesetzlichen Texten zu unterstützen; man berief sich auf Stellen des römischen und kanonischen Rechtskörpers (wie ich sie oben schon angezeigt habe), um dieser Regel eine unbedingte Kraft einzuräumen, und verfuhr dabey die Natur der Sache und den Geist des gerichtlichen Verfahrens, der doch selbst in dem Gesetze liegt.

^{a)} Danz [Grundsätze des gemeinen ord. bürgerl. Processes. §. 185.

§. 11.

Wenn man die oben angeführten Gesetzesstellen nur so nimmt, wie sie, den Worten nach, da liegen, und über den litteralen Sinn ihren logischen Sinn verkennt, so möchte freilich eine unbedingte Folgerung auf obige Rechtsregel die richtigste zu seyn scheinen. Allein forsche man der Sache auf den Grund, — prüfe man den Umfang des Begriffes so mancher Einreden, — verlasse man die schlichten Worte der Gesetze, und verweile man nur einen Augenblick bey ihrem Sinne, so wird es nicht mehr auffallen, wenn ich behaupte, daß jene blos aus den Worten der gesetzlichen Texte abgezogene Regel mit der Natur der Sache selbst leicht im Widerspruche stehen könne. Sie kann in gewisser Rücksicht und unter besondern Verhältnissen wahr seyn: in einer andern Rücksicht und unter andern Verhältnissen fällt aber ihre Unrichtigkeit sichtbar in die Augen. Ich versuche die nähere Entwicklung aus Begriffen.

§. 12.

Die Einreden, welche der Beklagte in seiner Verantwortung auf des Klägers Vorbringen entgegenstellt, sind entweder

a) so beschaffen, daß in der extensiven Quantität ihres Begriffes notwendig der Begriff des

Klagegrundes, als Merkmal, angetroffen wird, so, daß dieser unter der Sphäre des Begriffes der Er-
stern für sich enthalten ist, oder

b) der Klagegrund des Klägers kann, als unter dem Begriffes - Umfange der Einreden nothwendig enthalten, nicht gedacht werden. Davon scheint mir das Bestehen oder Nichtbestehen jener Regel in der Hauptsache abzuhängen.

§. 13.

In dem ersten Falle liegt in dem Vorbringen solcher Einreden und der Behauptung ihrer Wahrheit offenbar die Annahme und Behauptung der Wahrheit des Klagegrundes, weil dieser ein Merkmal der Erstern ist, und ein Merkmal als Theil der Sphäre eines gegebenen Begriffes mit diesem nicht im Widerspruche seyn kann.

Wenn Kläger itzt noch seinen in der Klage aufgestellten Klagegrund beweisen sollte, so würde er etwas beweisen, was, als von seinem Gegentheile mittelbar gegeben und selbst gesetzt, nicht bloß nach der Natur der Sache, sondern sogar nach positiv - gesetzlichen Bestimmungen a), schon für ein-

a) L. I. D. et l. un. C. de confess.

gestanden anzunehmen ist. Denn nach der Voraussetzung umfaßt der Klagegrund eine Thatfache oder Begebenheit, welche schon als ein Merkmal der Einrede gedacht werden muß, und deren Wahrheit mit der Bewährung der Einrede nothwendig hergestellt ist.

§. 14.

Ein Beispiel mag die Richtigkeit meines Satzes noch mehr aufhellen. Man setze, daß A. von dem B. um tausend Thaler Anleihen belangt werde; dieser dagegen (ich umgehe hier mit Absicht den Einfluß, welchen die Litiscontestation nach ihrer Art haben kann, weil ich meine Deduction bloß auf Begriffe stützen will) die Einrede der bereits geschehenen Bezahlung, eines gänzlichen Nachlasses, einer gleichen Compensation u. s. w. vorwende.

Wenn man die Begriffe „Bezahlung, Nachlass, gleiche Compensation, und ähnliche andere zerstörlche Einreden in ihrem Umfange betrachtet, und in ihre Bestandtheile auflöst, so wird darin der Begriff einer existenten Schuld sichtbar als ein Merkmal angetroffen. Das Setzen der Bezahlung bestimmt das Setzen einer vorhergehenden Schuldigkeit. Jene muß nach dem Gesetze der Ursache und Wirkung, als nothwendig auf diese folgend, gedacht werden.

Es kann keiner der obigen Exceptions - Begriffe gedacht werden, ohne daß zugleich die Existenz einer Schuld, welche bezahlt, nachgelassen, oder gegen eine gleiche Gegenschuld für sich verglichen ist, mitgedacht wird. Ich kann mir in der Bezahlung nichts anders vorstellen, als die Befriedigung einer Schuld, welche wirklich noch vorhanden ist, oder vor der Zeit vorhanden war.

Nothwendig liegt demnach in dem Begriffe einer Bezahlung das Einbekenntniß der noch wirklich vorhandenen, oder vorhanden gewesenen, Schuld, und Kläger machte, nach der einmal von dem Beklagten vorgeschützten Einrede der Bezahlung, über die Wahrheit seiner Forderung einen überflüssigen Beweis.

In dieser Rücksicht ist und kann der Satz: *qui excipit, non fatetur* keine allgemeine und unbedingte Regel seyn.

§. 15.

In dem zweiten Falle hingegen, wenn die Einreden des Beklagten keinen solchen Umfang haben, daß der Klagegrund des Klägers in nothwendiger Beziehung auf jenen steht, folglich nicht schon als Merkmal in demselben angetroffen wird, noch mit selbem nothwendig mitgedacht werden muß, son-

dern vielmehr die Einreden, ihrer Qualität nach beurtheilet, eine Verneinung des Klagegrundes mit sich führen, so kann man wohl sagen, daß die Vorschüzung solcher Einreden keine Einräumung der Klage, oder kein Eingeständniß des Klagegrundes, sey. Solche Einreden sind von heterogener Natur, und können nicht anders als ein neues Vorbringen behandelt werden.

§. 16.

Vielleicht macht folgendes Beispiel die Sache noch deutlicher. Man nehme an: A belange den B aus einem Kaufsvertrage um einen rückständigen Kaufschilling zu vierhundert Reichsthalern. Dieser setzt ihm die Einrede eines Scheinhandels entgegen, und sucht sich gegen die Klage durch das Vorgeben zu schützen, daß jene vierhundert Reichsthaler nur des Scheins wegen ausgesprochen worden sind, und die Handlung, welche sie unter sich gepflogen haben, kein Kaufvertrag, sondern eine Schankung, gewesen sey.

Stellt man nun diese Einrede der Simulation mit dem Klagegrunde in Vergleichung, und reflektirt über das Verhältniß, in welchem beyde gegenseitig, ihren Begriffen nach, stehen, so wird gar bald in derselben eine Ver-

Verneinung des Klagegrundes sichtbar, neben dem, daß sie selbst zugleich die Behauptung eines ganz neuen Thatumstandes mit sich führt.

In diesem Falle kann man denn freilich nicht sagen, daß der Beklagte durch das Vorschützen seiner Einreden den Klagegrund des Klägers eingeräumt habe. Denn beide stehen im Widerstreite: es sind hier zwei entgegengesetzte Thatfachen, welche bewiesen werden müssen, wenn ein Richter über sie ausprechen soll.

§. 17.

Die Berichtigung dieser praktischen Regel scheint mir von nicht geringer Bedeutung zu seyn. Der Richter wird in der Reflexion über den Begriffes-Umfang einer Exception den Bestimmungsgrund auffinden, ob, und in wie ferne er dem Kläger, oder dem Beklagten, oder oft beyden zugleich, die Beweis-Handlung aufliegen soll. Kennt der Richter genau die Relation, in welcher die Verantwortung des Beklagten zu des Klägers Vorbringen steht, so wird er sich dadurch im Stande gesetzt fühlen, überflüssigen Beweishandlungen zu begegnen, wodurch die Proceß nur in die Länge gezogen werden. Zugleich wird

oft einem Kläger eine Verlegenheit erspart, von welcher ihn sein Beklagter selbst schon, wenigstens mittelbar, freigesprochen hat.

III.

P r ü f u n g

der

Rechtlichkeit des Anatocism,

oder der

Zinsenvervielfältigung.

Es mag sonderbar scheinen, über Gegenstände, worüber fowol ältere als neuere Gesetze nicht undeutlich ausgesprochen haben, Discussionen anstellen zu wollen. Das Gesetz existirt einmal, befiehlt, und der Justizmann hat nach demselben zu richten! — Ich gebe dieses gerne zu: allein ich rede hier nicht vom Gesetze, und demjenigen, was nach dessen Ausspruche, und der Erfahrungslage geschehen muß, sondern meine Absicht ist, die Rechtlichkeit oder Unrechtlichkeit des gesetzlich Bestehenden zu prüfen, und nur in der Beziehung wünsche ich, von meinen Lesern aufgenommen zu werden.

Ich lieferte schon einmal über den Anatocism und dessen Rechtlichkeit einen Aufsatz in die deutsche Justiz - und Polizey - Fama *), fasste

*) Von Hrn. Hofr. und Prof. Hartleben. Monatstück
May, 1802. S. 524.

mich aber darin etwas kurz, und versprach eben darum, diesen Gegenstand in einer ausführlicheren Abhandlung zu einer andern Zeit zu bearbeiten.

Dieser Aufsatz blieb zu meinem Vergnügen nicht unbeantwortet: schon in dem bald darauf erfolgten Monatstücke Juli der teutschen Justiz- und Polizey - Fama. S. 77. wurde ein Gegenaußatz eingerückt, welcher im Ganzen enthält, daß meine Behauptung zwar nach den Grundsätzen des Vernunftrechtes bestehen dürfte, hingegen mit den klaren Aussprüchen der positiven Gesetze *) im Widerspruche stünde. —

Zum Theile mein in dem ersten Aufsätze geäußertes Versprechen, noch mehr aber der darauf erschienenene Gegenaußatz, munterten mich auf, über den rechtlichen Grund dieser Sache nochmal nachzudenken, und sie einer nähern Prüfung zu würdigen. Hier ist das Resultat meiner Reflexionen; ich hoffe, in dem Geleise rechtlicher Wahrheit eingeschritten zu haben; im Gegentheile lasse ich mich von dem schärfer sehenden Wegweiser gerne lenken! —

*) L. 26. §. I. et l. 28. C. de usur. L. 29. ff. de usur.
L. 26. §. I. ff. de condict. indeb.

Ist es wirklich ein Unrecht, von Zinsen wie
der Zinsen zu fodern?

§. I.

Nicht unbekannt sind die Vorurtheile, aus welchen das kanonische Recht *) im Mittelalter, und selbst noch bis in das sechszehnte Jahrhundert hin, jede Zinsenfoderung, als eine ungültige, nach göttlichen Gesetzen strafbare, Handlung brandmarkte. Die Nachwelt erkannte diesen Irrthum, und unterschied die Zinsenfoderung für sich, von dem Wucher. Nach dieser Erkenntniß sah die gemeine deutsche Gesetzgebung über jene irrigen Begriffe von Irreligiosität hinweg, und erlaubte als Prämie für den einem Andern gestatteten Gebrauch eines hingeliehenen Hauptstockes fünf vom Hunderte zu erheben. **) Auf diese Art wurde dem kanonischen unbedingten Verbothe aller Zinsenfoderung begegnet, zugleich ein bestimmter allgemein geltender Zinsenfuss hergestellt, und nur jede höher getriebene Zinsenfoderung als ein verbothener strafbarer Wucher erklärt,

*) C. I. C. 14. Qu. 3. C. 1. 4. 6. 15. X. de usuris.

**) Rec. imp. d. a. 1500. tit. 31. Reichspol. Ordn. v. 1577.

Diesem Gesetze nach soll es nur als eine ganz besondere Ausnahme von der Regel betrachtet werden, wenn mehr als der gemeingesetzliche Zinsfuß von einem Capitale straflos genommen werden darf.

§. 2.

Diese Bestimmung eines gemeinen Zinsfußes schien der deutschen Gesetzgebung noch lange nicht genügend, um den wahren oder eingebildeten Wucher gänzlich zu unterdrücken, sie gieng einen Schritt weiter *), und näherte sich den Vorschriften des römischen Rechts **), welchen auch alle Territorial-Gesetzbücher nachfolgen. In welchem Grade man die Ueberschreitung des gemeinen Zinsfußes als einen Wucher bestrafte, in dem nämlichen Grade erkannte man es für strafwürdig, wenn man die nach dem gesetzlichen Zinsmaasse abfallenden Zinsen zum Hauptstocke hinzu rechnete, sie als einen Zuwachs und neu gewordenen Theil desselben ansähe, und nach dessen Grösse - Verhältniß die Zinsenschuld erhöhte, oder wenn man die schuldigen Zinsenquanten, ohne daß selbe wirklich bezahlt worden sind, sogleich,

*) Rec. imp. d. a. 1500. Tit. 31. Reichspol. Ordn. d. a. 1577.

**) L. 29. D. et l. 28. C. de usuris.

ich möchte sagen, intellectuel, zu einen ganz neuen Hauptstock anschlüge, und sich selbst, als ein aus schuldigen, aber noch nicht bezahlten, Zinsen entstandenes Kapital wieder verzinsen liefs.

§. 3.

Dieser Art von Gewinnspeculation gab man eine eigene Bezeichnung, und nannte sie im allgemeinen den Anatocism, oder die Zinsen - Vielfältigung. Diesen Anatocism theilte man nach den im vorigen Paragraphe bestimmten Modificationen in den verbundenen (*anatocismum conjunctivum*), wenn die Zinsen zum Hauptstocke hinzuge-rechnet werden, und den besondern (*separatum*), wenn die schuldigen Zinsen ohne Aufzählung als bezahlt betrachtet, und zu einem eigenen Hauptstocke dem Schuldner zugeschrieben werden.

§. 4.

Eine wie die andere Art des Anatocism ist durch die Gesetze verbothen, und als strafwürdig erklärt. Unter Voraussetzung aller möglichen Achtung für bestehende Gesetze dürfte es wohl nicht geahndet werden, wenn ich es unternehme, über diese Gesetze mir eine kurzgefasste Kritik zu erlauben.

Der Gegenstand dieses Versuches befaßt sich mit zwey Sätzen, welche ich beweisen zu können glaube:

a) Der Anatocism ist an und für sich keine wucherliche Handlung.

b) Die Gesetze, welche den Anatocism als sträflichen Wucher erklären, sind anomalisch.

§. 5.

A. Der Anatocism ist an und für sich keine wucherliche Handlung.

Die positiven Gesetze *) miskennen eben so wenig, als das Vernunftrecht, daß die Anleihe oder das Darlehen ein belästigter Vertrag sey, oder es doch rechtlich seyn könne, d. h. es unterliegt gar

*) Es wird zwar die Anleihe in den mehresten Systemen über das Civilrecht unter die unentgeltlichen Verträge gerechnet; dieser Irrthum, wie ich unten näher zeigen werde, deckt sich aus dem Sinne der Gesetze selbst auf. Anleihe, als unentgeltlicher Vertrag, ist nur Ausnahme von der Regel. Die Zinsenbezahlung ist eine natürliche Eigenschaft des Darlehens.

keinem Zweifel, daß der Anleiher, oder der Gläubiger, dafür, daß er einen bestimmten Theil des Seinen, oder des eigenen Vermögens, einem Andern zum Gebrauche und Selbstgenusse überläßt, von diesem einen dem Gebrauche und Nutzen des Gegebenen angemessenen Entgelt mit Rechte fordern dürfe. Dafür bürgen zwey Gründe, nämlich

a) der Gläubiger ist der eigentliche Urheber des Gewinnstes, welchen der Schuldner aus der von ihm bewilligten Anleihe zieht;

b) entbehrt er durch diese Anleihe zunächst noch die Vortheile, welche sein Schuldner itzt aus dem von ihm hingegebenen Theile seines Vermögens gewinnt, und nicht gewonnen haben würde, wenn er nicht durch den Willen des Gläubigers in den Besitz dieser Habe gesetzt worden wäre.

Die wirkliche Bezahlung der Zinsen ist nicht mehr, als eine verhältnißmäßige Belohnung für den Genuß eines fremden Vermögens, und aus dieser natürlichen Eigenschaft begründet sich die Rechtlichkeit der Zinsenfoderung überhaupt. Dieses spricht nicht nur die Stimme der Vernunft aus, sondern liegt auch unverkennbar in dem Geiste der positiven Gesetze.

§. 6.

Diese Prämisse vorausgesetzt, läßt sich gar bald weiter folgern :

Wenn ich jemanden ein Capital darleihe, mit der Bedingung, daß er mir gegen den ihm davon überlassenen Genuß verhältnißmäßige Zinsen bezahlen solle, und dieser, meinem Antrage gemäß, die Benützung des Hauptstockes, in bestimmten Zeiten, mit Zinsen zu surrogiren verspricht, so habe ich schon gleich auf der Stelle, wo der Zinsenvertrag vollkommen verabredet ist, noch vor dem Tage, an welchem die bedungenen Zinsen fällig oder flüssig werden, ein Recht (in abstracto), an dem kommenden Tage dieselben wirklich zu fodern.

Dieses Recht, wenn es schon nicht gleich augenblicklich realisirt werden darf, weil nach der Voraussetzung für seine Realisation bestimmte Zeiten festgesetzt sind, gehört auf die nämliche Art zu meinem Vermögen, als etwa ein durch einen gültigen Erbvertrag jemanden zuerkanntes Erbrecht einen Theil seiner wirklichen Habe ausmacht, und zur letztern gerechnet werden darf.

Ich glaube die Wahrheit dieser Behauptung auch aus der Analogie sowol teutscher als römischer Ge-

setze bestärken zu können. Es ist eine ganz bekannte Sache, daß diese Gesetze zulassen, eine Foderung, auch noch vor ihrer Wirklichmachung, samt dem ihr anklebenden Zinsenrechte, an Jemand cediren zu dürfen. Nun ist aber das Substrat einer Cession allzeit ein wirkliches — ein schon bestelltes Recht. Ich kann ja nicht cediren, was nicht zu dem Meinen gehört: die Erwerbung durch Cession ist eine Art von abgeleiteter Erwerbung. Das Zinsenrecht ist demnach, als wirkliches Recht, unter Voraussetzung der eingetretenen Zeitbedingung, unter welcher die bedungenen Zinsen verfallen, ein rechtlicher Grund des Zinsenerwerbes.

§. 7.

Nun setze man, die Zeitbedingung des vertragsmäßigen Zinsenrechts existire, oder, was eben so viel sagen will, der Fall der wirklichen Zinsenfoderung habe sich in der That ergeben, d. h. die Zinsenschuld sey, der Zeit nach, liquid, so ist ganz begreiflich das Recht, die Zinsen zu fodern (in abstracto), rührig und wirklich (ein Recht in concreto). Ich fodere nun von meinem Schuldner wirklich die Zinsen: auf diese Foderung wird mein Schuldner mir die Zinsen entweder bezahlen, oder nicht bezahlen. Weder eines noch das andere bringt in meinem Rechte an sich eine Aenderung hervor.

In jedem Falle sind die an mich fällig gewordenen Zinsen schon ein eigenthümlicher Theil meines Vermögens: denn zählt er mir sie in der That auf, so werden sie durch diesen körperlichen Akt der Uebergabe ein sinnlicher Theil meines Vermögens, weil ich mich von itzt, neben dem rechtlichen, auch in dem empirischen Besitze dieser bezahlten Zinsen befinde. Zählt er mir sie nicht auf, sondern läßt sie aufschwellen, so machen sie doch allezeit einen intelligiblen Theil meines Vermögens aus. Die Zinsensumme, wenn sie der Schuldner vorenthält, bleibt zwar in seinem sinnlichen Besitze, aber sie ist in Ansehung seiner ein fremdes Gut. Denn das, was jemand wirklich schuldig ist, kann eben darum, weil er es schuldig ist, für ihn kein Theil seines positiven Vermögens seyn.

§. 8.

In Ansehung dieser verfallenen Zinsen sind nun zwey Fälle möglich: entweder der Schuldner behält die Zinsensumme, welche er bezahlen sollte, wider meinen Willen zurück, oder ich treffe mit ihm die Uebereinkunft dahin, daß er in dem fernern Besitze und Genuße derselben verbleiben dürfe.

In dem ersten Falle ist er faumselig, und beraubt mich, gegen meinen Willen, und ohne dazu be-

fugt zu feyn, des Genusses einer Sache, auf welche ich rechtlichen Anspruch habe, und welche intelligibel schon zu meiner Habe gehört. Er greift offenbar in mein Recht und Eigenthum ein, und handelt unrecht, weil er fremdes Gut nutznießet.

In dem zweiten Falle hingegen erwirbt er, durch die Vereinigung meines Willens mit seinem Wunsche, das Recht, diesen Theil meiner Habe — die angefallenen Zinsen, ferner zu benützen.

Aus diesen ihm im Besitze zurückgelassenen Zinsenquanten zieht er nun rechtlich die Vorthelle, welche ich selbst hätte ziehen können, wenn ich gewollt hätte: wenigstens ist er in den rechtlichen Zustand versetzt, sie ziehen zu dürfen.

§. 9.

Wenn es weder nach der gesetzgebenden Vernunft, noch zufolge der positiven Gesetze, ein Unrecht ist, von einem hingeliehenen Hauptstocke, aus dem Grunde, weil der Empfänger aus demselben, als einem in Beziehung auf ihn fremden Gute, alle möglichen Vorthelle zu ziehen berechtigt wird, Zinsen zu fodern, gleichsam als das Surrogat der Nutzungen, welche der Geber selbst hätte ziehen können, und die er dem Schuldner itzt überlassen hat, so kann

es eben so wenig ein Unrecht seyn, wenn ich mir von den schuldigen Zinsen, deren Benützung ich vertragsmäßig dem Schuldner gestatte, und deren Besitz in Ansehung seiner ebenfalls ein Besitz eines fremden Gutes — eines neu constituirten Capitals, ist, ein den daraus fließenden Vortheilen entsprechendes Surrogat — Zinsen — ausbedinge, und mir sie bezahlen lasse. Der Schuldner verzinsset das Capital, weil er es benützen darf; er soll also auch die Zinsen verzinsen, welche er mit des Gläubigers Einstimmung zurückbehalten darf, weil er dadurch berechtigt wird, sie zum selbstbeliebigen Gebrauche zu verwenden. Gleiche Ursachen müssen gleiche Wirkungen hervorbringen. Das, was in einem gegebenen Falle Recht ist, muß auch in dem andern Identischen Recht seyn. Der Gegensatz wäre contradictorisch, und stünde mit dem nothwendigen Charakter der Allgemeinheit des Rechts im Widerstreite.

§. 10.

Ob der Schuldner diese mit Willen des Gläubigers zurückbehaltenen Zinsen wirklich benütze, oder nicht, darauf kann es in Ansehung des Gläubigers eben so wenig ankommen, als wenig die vertragsmäßig gesetzte Zinsenfoderung aus der Begebenheit einer Aenderung unterworfen seyn kann, daß der

Schuldner

Schuldner einmal die ihm dargeliehene Summe zweckmäßig benützt, und einmal fruchtlos verzehrt. Der Grund der Verzinsung liegt in dem eingeräumten Rechte, das fremde Gut — das Capital, sey es wo immer her entstanden, benützen zu dürfen. Nie aber kann er auf dem Grade der Speculation beruhen, welche der Schuldner damit macht. Er hat einmal das Recht, er mag sich dessen bedienen oder nicht bedienen.

§. II.

Es ist ganz in der Natur der Sache gegründet, daß ein jeder Eigenthümer das Seine auf eine ihm beliebige Art benützen dürfe, wenn nur dadurch das Recht eines Andern nicht verletzt wird. Die schuldigen Zinsen von einem verzinslichen Hauptstocke gehören schon von dem Tage an gerechnet, wo sie zahlungsfällig geworden sind, zu dem Eigenthume des Gläubigers. Er darf sie mit Rechte fodern, und, wenn er sie einmal in seinen wirklichen und empirischen Besitz gebracht hat, nach eigenem Gefallen verwenden. Dabei verletzt er Niemand's Recht, denn er befindet sich rechtlich im ausschließlichen Privatgebrauche, und das schuldige, aber heimbezahlte, hat in Ansehung des Schuldners aufgehört, ein Seines zu seyn. Nun setze man: dem Gläubiger beliebe es nicht,

diese bezahlten und vom Schuldner empfangenen Zinsen selbst zu benützen, sondern er wolle sie einem Andern zur Benützung überlassen; er übergebe sie zu diesem Ende wirklich einem Andern, und lasse sich als Surrogat dieser Benützung, von demselben eine jährlich den gezogenen Vorthellen angemessene Prämie — Zinsen — bezahlen; wer wird diese Handlung mit Recht als einen Wucher brandmarken wollen? — Hier sind diese Zinsen, die ihre Zinsenqualität mit der Bezahlung, respektive Einnahme, abgelegt haben, offenbar als ein neuer Hauptstock zu betrachten, und folglich nach den Grundsätzen eines Darlehens zu beurtheilen.

Zieht nicht der Schuldner, sey dieser, wer da immer wolle, aus diesen zum neuen Hauptstocke hingeebenen Zinsen eben die Vorthelle, wie der erste Mutuatar aus dem Capitale, wovon die eben berührten Zinsen abfielen? Ist nicht ein und der nämliche Grund für die Rechtlichkeit der Verzinsung vorhanden, bey einem Capitale, welches aus erhobenen Zinsen entstanden ist, wie bey einem andern, welches auf andern rechtlichen Wegen gewonnen worden?

§. 12.

So wenig einem Gläubiger verbothen werden darf, seine rechtlich eingenommenen Zinsen, und die

daraus entstandene Summe, einem andern zur Benützung zu überlassen, eben so wenig darf ihm gegeben werden, sie einem andern zum unentgeltlichen Gebrauche hinzugeben, wenn er sie nicht selbst unmittelbar benützen will. Der andere hat kein Recht, den freien Gebrauch dieser Summe zu fordern, und der Geber keine Rechtspflicht, die Vortheile aus seinem Eigenthume so ganz frei in die Hand eines andern zu spielen. Folglich, wenn ich die von meinem Schuldner eingenommenen Zinsen als einen ganz neuen Hauptstock einem Dritten darleihe, und mir dagegen Zinsen ausbedinge, so handle ich weder an sich unrecht, noch verletze ich auf eine Weise ein Recht eines Dritten, weil, der Voraussetzung nach, keines, weder den entgeltlichen noch unentgeltlichen Gebrauch zu fordern, vorhanden ist. Die Voraussetzung ist in dem Begriffe des Eigenthums über die eingenommenen Zinsen auf Seite des Gläubigers gegründet.

§. 13.

Gleiche Ursachen bringen gleiche Wirkungen hervor, oder der Identität des Grundes in zweien gegebenen Fällen müssen gleiche rechtliche Folgen entsprechen. Dieses unwidersprechliche Axiom führt konsequent auf die bejahende Entscheidung der vorliegen-

den Frage: ich glaube, es auf die nachstehende Weise beweisen zu können.

Wenn der rechtliche Grund jeder Zinsenfoderung darauf beruht, daß man jemand die selbstbeliebige Benützung des Seinen überläßt, wozu man dem Rechte nach nicht verpflichtet ist, oder daß man dem Schuldner durch einen Vertrag die Befugniss einräume, ein, in Ansehung seiner, fremdes Gut zu selbstbeliebigen Zwecken zu verwenden, so erhellet ganz klar, daß der Grund der Zinsenfoderung dinglich, d. h. von dem Objekte und der Uebertragung desselben in fremden Gebrauch, hergenommen sey, folglich die Zinsenfoderung als Wirkung, welche aus jenem Grunde hervorgeht, weder nach dem Subjekte des Gebers, noch des Empfangers, bemessen werden könne. Verstattung des Gebrauches von dem Seinen allein ist es, was die Rechtlichkeit der Zinsenfoderung begründet, Gläubiger und Schuldner mögen dann seyn, wer sie wollen.

Substituirt man nun in die Stelle jenes Dritten (§. 12.) den Schuldner selbst, welcher von dem ihm dargeliehenen Capitale die bedungenen Zinsen bezahlt, so kann darum der ursprüngliche Grund der rechtlichen Zinsenerhebung keine Aenderung erleiden, denn er ist dinglich, und von der Natur der Sache selbst

hergenommen : es muß demnach auch unverändert die nämliche Wirkung hervorgehen.

Das Recht des Schuldners ist hier so wenig verletzt, als jenes Dritten (§. 12.); denn er hat auf den fortwährenden Gebrauch der verfallenen Zinsen eben so wenig ein freies Recht, als wenig jenem Dritten die Befugniß an und für sich zusteht, die hier eingenommenen Zinsen ihm zum selbstbeliebigen und freien Gebrauche zu überlassen.

§. 14.

Verfolgt man die Sache noch tiefer, so möchte sich einem wohl gar das Resultat aufdringen, daß es eine Zinsenvervielfältigung in dem Sinne, worin sie gewöhnlich gewürdigt wird, gar nicht einmal gebe. Die Zinsen nämlich legen von dem Tage ihrer Bezahlung und Einnahme die Qualität der Zinsen ab, es mag diese Bezahlung der That nach, oder durch Worte, oder mündliche Zusicherung geschehen: denn sie sind von diesem Augenblicke an ein wirklicher Theil des Vermögens des Gläubigers geworden, in und mit demselben consolidirt, folglich ist ihre weitere Verleihung keine Zinsen - Verleihung, sondern Verleihung eines aus Zinsen entstandenen Capitals oder Foderung, je nachdem die Zinsen wirklich bezahlt, oder ihre schuldige Bezahlung

lung bloß erklärt worden ist. Setze man: der Schuldner erscheine an dem Zinsenverfalls - Tage bei seinem Gläubiger, und zeige sich zur Bezahlung der Zinsen bereit, oder er hat sie schon aufgezählt bei sich, und will sie dem Gläubiger behändigen, wünscht aber doch hiebei, sie behalten und noch länger neben dem Hauptstocke benützen zu dürfen, und der Gläubiger stimmt seinem Wunsche bei, so sind in einem andern Falle die Zinsen, idealisch betrachtet, bezahlt, als consolidirt mit des Gläubigers sonstigem Vermögen anzusehen, und diese Zinsen nicht mehr als Zinsen, sondern zwar als ein der Quantität nach, diesen gleicher, aber der Qualität nach, daraus entsprungener neuer Hauptstock an den nämlichen Schuldner dargeliehen. Die Verzinsung desselben ist demnach eigentlich keine Zinsenvervielfältigung, sondern Verzinsung eines neuen zum ersten angewachsenen Capitals.

Warum soll nun der aus schuldigen wirklich oder idealisch bezahlten Zinsen entstandene neue Hauptstock für den Gläubiger, der ihn in fremden Gebrauch verleiht, ein unfruchtbares Gut seyn? Warum insbesondere in Relation auf den Schuldner?

§. 15.

Wenn nun der einzige Grund einer rechtlichen Zinsenfoderung auf der Hingabe zum Nutzen eines

Dritten beruhet, — wenn Zinsen, wirklich oder idealisch bezahlte, schon zum Vermögen des Darleihers gehören, — wenn es keine Rechtspflicht giebt zur unentgeltlichen Hingabe des Seinen in fremden Gebrauch, — wenn endlich die Anleihe an sich schon ein belästigter Vertrag ist, — wenn es in keinem Betrachte wucherlich gehandelt ist, eingenommene Zinsen einem Dritten zum verzinslichen Hauptstocke hinzugeben, — wenn endlich jene Zinsenfoderung, ihrem Grunde nach gewürdiget, dinglich ist, so sehe ich gar nicht ein, wie die Verzinsung eingenommener Zinsen, welche dem nämlichen Schuldner zum fernern Gebrauche gelassen werden, bloß allein darum, weil es der vorige Schuldner ist, als strafbarer Wucher gebrandmarkt seyn solle; dieses hiesse der Identität des rechtlichen Grundes, bloß wegen zufälliger Verschiedenheit der Subjekte, verschiedene Wirkungen beilegen wollen.

§. 16.

B. Die Gesetze, welche den Anatocism geradezu als verbotenen Wucher erklären, sind anomalisch.

Wie ich schon oben erinnerte, so rückte ich die Erstlinge meiner Reflexionen über den gegenwärtigen Gegenstand in der teutschen Justiz- und Poli-

zey - Fama a) ein, und was ich anfänglich wünschte, erschien schon im Monatstücke Juli b) nämlich ein Gegenaußatz. Ich verdanke dem mir unbekannten Herrn Verfasser die vortheilhafte Darstellung meiner ersten Ideen, und zugleich die Aufmunterung, die er mir durch die Schlußworte seines Aufsatzes einflöste. Mein Herr Gegner ist zwar so weit mit meiner Deduction verstanden, als selbe im Bezuge auf die Ausprüche des Vernunftrechtes genommen wird; allein ganz ein anders Urtheil erscheint dem Hrn. Gegner, wenn die Sache unter den Gesichtspunkt der bestehenden positiven Gesetze zurückgeführt wird. „Das römische Recht, sagt er, welches den Wucher unter allen Formen so sehr verpönte, verboth an mehrern Orten ganz ausdrücklich, von Zinsen wieder Zinsen zu nehmen. Unter allen Bestimmungen unserer positiven Gesetze umfaßt wohl keines das Verboth jenes Wuchers, welchen man unter dem Namen des Anatocism kennt, so ganz unbeschränkt, und in solch einleuchtender

a) Herausgegeben von Hofr. und Prof. Hartleben.
No. 63. S. 524.

b) No. 85. S. 77.

Klarheit, wie die Sanction Justinians in der leg. 28. C. de ufuris. a)

Auch ich stimme Hr. Gegner in so weit bey, dafs bey einem schlichten Blicke in diese Verordnung, deren Klarheit sich wohl jedem ohne Mühe aufdringt, der Anatocism als verbothener Wucher, d. h. als ungesetzliche Handlung, erscheinen werde.

Allein ich erlaube mir, hier zwey Dinge zu bemerken, die ich wünsche, dafs sie als Standpunkte angesehen werden, von welchen ich in meinen Bearbeitungen auszugehen pflege.

a) Bestrebe ich mich, die juridischen Erscheinungen, so wie sie die Erfahrung liefert, an die Maximen des Rechts anzunähern, und zu zeigen, was ohne Rücksicht auf geltende Gesetze gültig sey. Erforschung der Wahrheit ist mein Zweck. Irre ich, so unterwerfe ich

a) Quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuicumque usuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari. Sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum incrementum sentire: forti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere.

mich gerne dem Urtheile eines Andern, das mit überzeugenden Gründen unterstützt ist.

b) Suche ich die bestehende Gesetze in ihre Parallel zu stellen, und daraus zu zeigen, daß sie sich entweder dem Rechte wirklich annähern, oder annähern lassen, oder schlechthin in das Buch der Vergessenheit geschrieben zu werden verdienen.

Ich fühle die Schwierigkeiten, denen eine solche Unternehmung unvermeidlich ausgesetzt ist: allein ich setzte mich so weit darüber hinweg, daß, wenn ich auch das Geleise der Wahrheit irgend in einem Schritte verfehlet haben sollte, Andere wenigstens aufge- weckt werden sollten, es zu erhalten, und dem Buch- stabe des Bestehenden vorzureihen.

Ich schreite nun zur Sache selbst!

§. 17.

Es ist zwar keinem Zweifel unterworfen, daß römische Gesetze a) schlechthin, ohne allem Unter- schiede, ob die Zinsen dem Capitale, für welches sie geleistet werden, als ein es vergrößernder Theil zugeschlagen, oder ob sie zu einem neuen Haupt-

a) L. 28. C. et l. 29. D. de usuris. L. 20. C. ex quib. caus. infam. L. 26. §. I. D. de condict. indeb.

stocke neben der schon gegebenen Anleihe an den nämlichen Schuldner creditirt werden, im allgemeinen den Anatocism, oder die Zinsenvervielfältigung, verbiethen. Allein, wenn man diese Gesetze mit andern parallelen in Vergleichung stellt, so trifft man auf eine gewisse Contrarietät, aus welcher man gar wohl verführt werden dürfte, zu behaupten, daß erstere einzuschränken, und blos vom Uebermaasse der Zinsen zu verstehen sind. Ob etwa jene gar so eingeschränkten Verordnungen nicht gar ein übereilter Ausdruck des Hasses gegen den übermäffigen Zinswucher waren! a) Denn unverkennbar leuchtet aus allen hervor, daß sie durch nichts anders, als durch die übertriebene Gewinnfucht der Gläubiger, und den Druck der Schuldner veranlaßt worden sind. Man wollte durch diese Gesetze nur dem Uebermaasse eines sonst erlaubten Gewinnes steuern, und den Gläubigern bei der Fruchtbarmachung ihrer Capitalien den Weg des Rechts einschärfen. Sehr zweckmässig bestimmte daher die oberste Verhütungs - Gewalt im römischen Staate ein Supremum, welches, der Regel

a) Man vergleiche des um das Civilrecht so rühmlich verdienten Hrn. D. Webers Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung. Schwezin und Wismar, 1801. Abh. III. S. I.

nach, niemals, und unter keinem Vorwande, überschritten werden dürfte.

§. 18.

„Nach dem gemeinen Rechte, sagt Hr. Professor Weber ^{a)}, ist ein jeder, zu dessen Bestem ein Anderer sein Recht verwandte, unmittelbar verbunden, dieses mit Zinsen zu vergüten, ohne daß es in diesem Betrachte seinerseits irgend einer verbindlichen Handlung bedarf. Er mag Zinsen versprochen haben, oder nicht, sich in mora solvendi befinden, oder nicht. Das Gesetz verbindet ihn geradezu, weil fremdes Gut zu seinem Nutzen verwandt ist.“

Hr. Professor Weber führt zum Beweise dieser unmittelbaren Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, mehrere Beispiele an, die er mit eben so richtigen Erklärungen, als der Sache entsprechenden Gesetzen, begleitet.

Diese Weber'sche gründliche Deduction, die dabei zum Grunde gelegten Gesetzstellen, und die Natur der Sache, zeigen hinlänglich, daß nicht nur die Anleihe, wie es schon dem Vernunftrechte angemessen ist, der Regel nach, ein belästigter Ver-

^{a)} In der schon angezeigten Abhandlung. §. 3.

trag sey, sondern dass auch die Rechtlichkeit einer Zinsenfoderung auf der Benützung eines fremden Gutes beruhe.

§. 19.

Eine sowol dem allgemeinen Rechtsprincipe angemessene, als im Civilrechte allgemein gültig erkannte, Regel ist es, dass jeder, der fremdes Gut und Geld zu eigenem Nutzen verwendet, eben darum unmittelbar verbunden sey, Zinsen zu bezahlen. *a)* Jeder Mutuatar muss, dieser allgemeinen Wahrheit zufolge, wenn sein Darleiher nicht ausdrücklich sich dagegen erklärt, in der Regel, das aufgeborgte Geld verzinsen. Diese Consequenz liegt folgerichtig in der Praemisse. *b)*

§. 20.

Es widerstreitet den Gesetzen keineswegs, dass der Gläubiger die von seinem Schuldner eingenommenen Zinsenquanten einem Dritten darleihe, und sie sich als einen verliehenen neuen Hauptstock verzin-

a) Weber Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung. Abh. III, S. 238.

b) Man kann demnach auch im Civilrechte die Anleihe nur unter die belästigten und vergeltlichen Verträge rechnen!

sen lasse. Die Gesetze erklären diese Handlung weder für einen Anatocism, noch für einen Wucher im allgemeinen *a)* Imgleichen, wenn ein Procurator, oder ein Verwalter, oder ein Geschäftsträger u. dgl. Gelder des Principalen ausleihen, oder zwar nicht selbst ausleihen, aber doch die davon abfallenden Zinsen einnehmen, und zu eigenem Gebrauche verwenden, so sollen diese nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze *b)*, nicht nur vom Hauptstocke, sondern auch von den in Ansehung dessen abgefallenen Zinsen, sogar auf den Fall, wenn sie sie auch nicht zogen, aber doch hätten ziehen können, die Zinsen bezahlen. *c)*

Ueberall gehen die Gesetze von einem und dem nämlichen Grundsätze aus, — nämlich von der Benützung eines fremden Gutes; sie stellen sogar ausdrücklich solche eingenommene oder vorbehaltene Zinsen mit einem Hauptstocke unter einen und denselben Gesichtspunkt; sie nennen es gleichbedeutend, ob

a) Hofacker princ. Jur. civ. rom. germ. Tom. III. §. 1840. Wernher Observ. forens. P. V. Obs. 86.

b) L. 10. §. 3. et 4. D. Mandat. l. 19. §. 4. D. de negot. gest. l. 1. §. 1. D. de usuris. l. 28. fin. D. Depositi.

c) L. 19. §. 4. D. de negot. gest.

man das Capital oder die Zinsen davon benützt habe: offenbar blieben sich diese Gesetze nach dem reellen Grunde der liegenden Verhältnisse consequent. *a)*

§. 21.

Will man die Gesetze nicht inconsequent oder anomalisch nennen, so muß ihrer Anwendung, in nicht nur ähnlichen, sondern ganz identischen, Fällen ebenfalls, so lange der nämliche Grund obwaltet, nichts entgegen stehen.

Ein Schuldner, welcher die schuldigen Zinsen an dem bestimmten Zahltage seinem Gläubiger nicht bezahlt, sondern sie in seinem Vermögen zurückbehält, benützt diese Zinsen, oder kann sie doch benützen auf eben dieselbe Art, wie der Geschäftsträger, der Procurator u. s. w., die im Namen des Principalen eingenommenen Zinsen benützen können. Soll nun auf ihn jener allgemein gültig anerkannte und von den Gesetzen so oft bestätigte Grund blos darum, weil er der Schuldner ist, nicht angewendet werden dürfen? — Wenn eine solche zu-

a) L. 7. §. 12. D. de administr. et pericul. tut. et curat. „Sane parvi refert, utrum fortem pupillarem, an usuras in usus suos converterint.“

fallige Eigenschaft bey vorhandenen gleichem Sachgrunde nach einem Gesetze so heterogene Wirkungen hervorbringen darf, so glaube ich mit allem Rechte, ein solches Gesetz anomalisch nennen zu können.

§. 22.

Wenn demnach der Schuldner, infoferne man nach allgemeinen gesetzlichen Principien sein Verhältniß berechnet, die eigenmächtig vorenthaltenen Zinsen wieder zu verzinsen, unmittelbar verbunden ist, so wird man die besondere Vorsehung und Versicherung jener unmittelbaren Verbindlichkeit, auf Seite des Gläubigers, wohl nicht mehr ohne Inconsequenz einen ahndungswürdigen und strafbaren Wucher nennen wollen. Was die Gesetze einmal aus einem richtigen Grunde an einem Orte geben, das können sie, infoferne der nämliche Grund noch besteht, nicht wieder an einem andern Orte nehmen.

Gesetze der Art wären anomalisch !

§. 23.

Die Wahrheit des Vorderatzes (§. 22.) dürfte zwar noch in einiger Rücksicht bedenklich scheinen; allein auch diese Bedenklichkeit wird hinwegfallen, wenn man den oben aufgestellten und bewiesenen Grund

Grund aller rechtlichen Verzinsung in seinem eigentlichen Gehalte würdiget. Zufolge dieses Grundes ist der Gesellschafter *a)*, der Depositar *b)*, der Mandatar *c)*, jeder andere Geschäfts - Führer oder Verwalter öffentlicher oder Privatgelder *d)*, und insbesondere auch der Vormund *e)* das in eigene Angelegenheiten verwandte, aber fremde, Geld zu verzinsen unmittelbar verbunden. *f)*

Sollte nun der Grund dieser Gesetze auf den Mutuatar bloß darum, weil er Mutuatar ist, nicht angewendet werden dürfen? Hat nicht dieser eben so wenig, als wenig der Mandatar das Geld seines Gewaltgebers vorzuenthalten und für sich zu benützen berechtigt ist, ein Recht zur Vorenthaltung und Benützung der schon verfallenen Zinsen? Nicht nur die eigen-

a) L. 1. §. 1. D. de usuris.

b) L. 28. fin. D. depositi.

c) L. 10. §. 3. D. mandati.

d) L. 38. D. de negot. gest.

e) L. 7. §. 10 et 12. D. de administrat. et per. tut.

f) Weber Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung. Abh. III. S. 248.

mächtige Zurückbehaltung der schuldigen und verfallenen Zinsen ist eine unrechtliche Handlung gegen den Gläubiger, sondern in einem viel höhern Grade handelt der Schuldner unrecht, wenn er dasjenige, was er bereits hätte bezahlen sollen, selbst noch zu eigenem Nutzen verwendet. Wäre demnach die Zinsenbezahlung von vorenthaltenen Zinsen auch gleich nach den bisher aufgestellten Grundsätzen keine unmittelbare Verbindlichkeit, so verstände auf alle Fälle schon die einseitige und eben darum unrechtmäßige Vorenthaltung selbst den Schuldner zu dieser Leistung.

Offenbar erscheint hier ein gleiches Verhältniß zwischen dem Mutuatar und seinem Gläubiger, dann dem Depositar und seinem Deponenten, dem Geschäftsträger und seinem Principalen. Für diese letztere sind die Gesetze, wie ich oben anzeigte, wörtlich klar, und für jene kann ohne Zwang der Grund derselben angewendet werden. Aus den nämlichen Grundsätzen wird es endlich auch einleuchten, daß ein Vertrag, der sich mit dem nämlichen Gegenstande befaßt, unter die vollkommen erlaubten Verträge gehöre; denn was schon für sich im Gesetze liegt, kann mit allem Rechte auch ein Gegenstand eines Vertrages werden.

§. 24.

Wie sind nun aber jene Gesetze mit dem bisher Gefagten zu vereinbaren? a)

Der erste Theil meiner Abhandlung kann dadurch nie etwas verlieren, weil er nicht in Relation auf die positiven Normen gesetzt ist. Hingegen der zweite Theil ist nur auf Schlussargumente aus andern ähnlichen Gesetzstellen gegründet, und dürfte also durch diese so deutlichen kategorischen Imperative vollkommen entblöset seyn.

Allein, wie ich schon oben sagte, nach dem Wortausprüche der römischen Gesetzgebung läßt sich der Anatocism wohl nicht rechtfertigen: das Gesetzbuch spricht zu unverklärt über denselben ab. Stellt man aber andere analoge Stellen damit in Parallel, so dürfte man darin einen andern Geist entdecken, als eben die Worte ausdrücken. Ob nicht etwa diese Stelle auf wucherliche oder übermäßige Zinsen einzuschränken ist! —

Eine Zinsenvervielfältigung, welche auf wucherliche, den gemeinen Gebrauch einer dargeliehenen Summe weit übersteigende, Zinsen berechnet ist, kann

a) L. 28. C. de usuris. L. 29. D. de usuris.

wohl niemals gerechtfertiget werden; und, weil andere deutliche Gesetze die Zinsenverzinsung nicht nur erlauben, sondern fogar als rechtlich sanctioniren, so dürfte es wohl keine ganz verwerfliche Vermuthung seyn, daß jenes allgemeine Verboth auf die eben gesagte Voraussetzung gegründet, und etwa nur von dieser zu verstehen sey.

IV.

Ueber die

Unrechtlichkeit der Taxgebühren.

Unter den vielen Misbräuchen, womit das juristisch-praktische Leben entstellt wird, ist wohl einer der bedeutendsten in der Erhebung der Taxen ersichtlich. a) Jeder Federzug eines Richters, eines Actuars, u. s. w. ist auf eine Taxquote berechnet. Die Mühe, welche jene in ihrer Dienstleistung anwenden, mag gröfser oder geringer seyn, alles dieses macht in dem Expensarium nicht viel Unterschied; fast überall sieht man auf das zu verhandelnde Objekt; dessen Qualität, mehrentheils dessen Quantität, giebt den praktischen Maasstab für den Expensen-Calcul, gleichsam als wenn die Mühewaltung nach Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Gegenstände, ihrer Quantität nach betrachtet, vergrößert oder vermindert würde. Nebenbei ist wohl nicht zu vergessen, dass die Erkenntniss der die Taxe bestimmenden

a) Diese kurze Abhandlung ist mit besonderer Rücksicht auf Baiern geschrieben.

Quantität und Qualität subjektiv ist, folglich, wo nicht ganz, doch zum Theil auf der Willkür des Richters und derjenigen beruht, welche die Taxen erheben. Ist nun dieser mehr oder weniger geldlustig, mehr oder weniger geschickt, den Werth einer zu verprotocollirenden oder zu verbriefenden Sache abzuschätzen, so bezahlt der Unterthan auch bald mehr, bald weniger.

Setze man: Zwei Personen verhebeligen sich, bringen einander wechselseitig einiges Vermögen zu, und wollen darüber einen Heyrathsbrief errichten; so muß es wohl ein recht mittelmäßiger Schreiber seyn, der das ganze heydrathliche Geschreibse nicht in höchstens einer Stunde zu Papier gebracht hat, es mag das Vermögen in viel oder in wenigem bestanden haben: eine schreibfähige Hand wird eben so schnell tausend, als hundert hinkrizeln: und doch — ist die Taxe über einen Heyrathsbrief per 100 Gulden beträchtlich verschieden von einem Heyrathsbriefe per 1000 Gulden! —

Diese Verschiedenheit wird man nicht nur bei Heyrathsbriefen gewahr, sondern bei allen andern Briefereien, so daß ich sagen möchte, alle Taxerhebung artet in Sportelfucht aus. Nebenbei ist es wohl eine notorische Sache, daß viele Richter sich mit den

gesetzlich vorgezeichneten Taxen noch keineswegs begnügen, sondern sich auf die Vervielfältigung der Taxen ganz vortreflich verstehen.

Diese für den Unterthan so nachtheiligen Misbräuche sind schon so oft und erst jüngst in einer anonymen Schrift *a)* sehr laut gerügt worden; demungeachtet blieb die Lage der Dinge noch eine und dieselbe.

Ich versuche es nun, eine rechtliche Untersuchung über die Erhebung der Taxen oder Gerichts-Expensen anzustellen; vielleicht gelingt es mir, die Gesetzgebung aufzuwecken, daß sie auch diesen Gegenstand ihrer Aufmerksamkeit würdigt: denn daß z. B. die baierische Taxordnung vom Jahre 1735. schlechthin nichts taue, und daß die Misbräuche, welche einzelne Gerichtsstuben mit dem Taxwesen sich erlauben, noch weniger frommen können, daran wird wohl Niemand zweifeln. *b)* Allein, eine ganz andere Frage ist die: ob die Gesetzgebung das

a) Rhapsodien über das Taxwesen in Baiern. Ein Beitrag zur neuen Revision der baierischen Gesetze. 1802.

b) Ob nicht die außerbaierischen Taxordnungen von ähnlicher Beschaffenheit sind?

Recht habe, eine Taxordnung, sey sie auch eine gemäfsigte, einzuführen? Sollen nicht Richter und Aktuarien und alle Staatsdiener ihren Untergebenen *umsonst* ihre Pflichtdienste leisten? Liegt die freie Dienstleistung der Beamten in Angelegenheiten der Unterthanen nicht schon im rechtlichen Verhältnisse, in welchem öffentliche Beamte gegen ihre Mitbürger als Unterthanen stehen?

Ich glaube diese Fragen mit Recht bejahen zu dürfen.

§. I.

Wir haben hauptsächlich eine zweifache Klasse von Taxen; nämlich

I. Taxen, welche der Unterthan für die obrigkeitliche Vornahme und Bestätigung seiner willkürlichen und nicht streitigen Angelegenheiten bezahlt, z. B. für die protokollarische Aufnahme der Verträge und anderer ähnlicher Geschäfte, welche die fehlerhafte Schulsprache freiwillige Gerichtshandlungen zu nennen pflegt. ^{a)}

^{a)} Meine Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts, I. Abhandl. Landshut. 1802.

II. Taxen, welche den Richtern für ihre eigentlich richterliche Funktionen, für die Instruktion einer Streitsache und ihre Zweige bezahlt werden müssen.

Für eine wie für die andere Klasse existirt in Baiern und in mehrern andern Staaten eine gesetzliche Ordnung, die aber durch locale Observanzen und den Gerichtsgebrauch gar mancherlei Modificationen erlitten hat, welche allein auf die Leerung des Beutels der Unterthanen berechnet zu seyn scheinen, so daß ich die Handlungen der öffentlichen Personen als bloße Miethhandlungen oder käufliche Akte auszusprechen, bei dieser Beschaffenheit der Dinge, gar kein Bedenken trage. Sind nun diese Taxen in einer rechtlichen Staatsverfassung zulässig?

§. 2.

Jeder Mensch hat als solcher schon für sich gewisse Rechte, deren Erhaltung er nothwendig wünschen muß. Gleiche Rechte erkennt er in dem neben ihm lebenden Mitmenschen; es kann ihm, weil er diesen als Mitmenschen erkennt, nicht entgehen, daß dieser eben so, wie er, die Erhaltung seiner Rechte gesichert und unverrückt haben will. Beide wollen sich unter Gewährung ihrer Rechte einander coexisti-

ren, sie wollen mit - und neben einander leben, sehen aber zugleich ein, daß es phisich möglich sey, daß einer des andern Rechte verletze, während doch keiner nach dem Postulate des Rechtes phisich mehr begehren oder unternehmen soll, als was er rechtlich soll.

Um diese vernunftmäßige und rechtliche Coexistenz der Individuen in der Gesellschaft zu erreichen, wurde die Zustimmung des Willens Aller erforderlich, dahin, daß jeder einzelne durch die vereinigte Macht aller übrigen soll phisich gezwungen werden können, die Rechte der übrigen nicht zu verletzen, oder dasjenige phisich zu unterlassen, was er gegen seine äußerliche unnachlässige Pflicht will.

Die Menschen tratten in den Staat, und stimmten in einen allgemeinen mächtigen Willen zusammen, oder sie verbanden sich unter der wachsamten Thätigkeit einer allgemeinen höchsten Gewalt, welche ihre Rechte und ihr Eigenthum sichern soll.

§. 3.

Diese auf dem allgemeinen Willen beruhende höchste Gewalt war nun, dieser vernunftmäßigen Absicht nach, in das Recht und in die Verbindlichkeit gesetzt, jedem Staatsindividuum die thätige Hand zu biethen,

es mag die Sicherung der einzelnen Rechte in die Zukunft, oder die Wiederherstellung der bereits verletzen Rechte gelten, oder, was eben soviel sagen will, der höchsten Gewalt im Staate wurde die oberste Sicherheit — Polizey, die rechtsprechende und vollziehende Gewalt eingeräumt.

§. 4.

Diese höchste Gewalt im Staate, deren oberster Zweck in der Sicherheit der Rechte und des Eigenthums aller Einzelnen beruht, und dahin zielt, alles zu entfernen, was ihrem Rechte der Freiheit entgegen seyn könnte, trennte man in ihren Haupttheilen, und schuf so eine gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt. Diese allgemein wirkenden Hauptzweige in allen ihren Graden personificirte man: die Allheit legte ihre politische Freiheit in Einzelne aus ihr nieder, zu dem Ende, damit diese den Zweck des Staats oder ihre bürgerliche Freiheit handhaben möchten.

Man bestellte eigene Organe für die Uebung der Herrschergewalt; eigene übten die administrative und vollziehende Gewalt; wieder andere befaßten sich mit der Entscheidung der Streitigkeiten Einzelner. Die Organe der letztern beiden Hauptarten subordinirten sich wieder andere Subalterne, um eine ununterbro-

chene Wirksamkeit durch alle, auch kleinsten, Theile des Staats zu behaupten.

§. 5.

Die Unterhaltung dieser Organe, sowol im obersten als in den untergeordneten Graden, machte einen fortlaufenden Aufwand nothwendig, welchen die Allheit im Staate herbeischaffen mußte, weil gerade sie es war, derentwillen jene existirten. Die Allheit stimmte in eine öffentliche Kassa, berechnete jenen nothwendigen Aufwand, und concurrirte zur erforderlichen Summe in bestimmten Beiträgen. Aus diesen Beiträgen — Steuern — sollen, der Absicht der Gebenden zufolge, diese Organe besoldet werden. Unläugbar, wenn man von dem Grunde dieser Beiträge oder der Besteuerung ausgeht, ergiebt sich, dafs der Staatsbürger aus der Leistung derselben auf die Staatszweck - gemessene Thätigkeit jener Organe, oder auf die Bewerkstelligung alles desjenigen, was die bürgerliche Freiheit erheischt, oder wodurch die Sicherheit der Rechte und des Eigenthums Aller erreicht werden kann, ein vollkommenes Recht gewinnt.

Entgegengesetzt sind also diese Organe, wie es der Zweck ihrer Bestimmung und Besoldung mit sich bringt, verpflichtet, sich als thätige Werkzeuge der

allgemeinen und individuellen Sicherheit gebrauchen zu lassen.

§. 6.

Der Staat überhaupt, oder die von ihm auctorisirten Organe haben demnach das Recht und die Verbindlichkeit, einem jeden Staatsbürger seine Rechte zu garantiren, es mögen dieselben aus welcher immer für einem rechtlichen Grunde entstehen. Schliessen also zwei Staatsbürger miteinander einen Vertrag, setzen aber in sich nicht so viel Zutrauen, daß sie pünktlich denselben so, wie sie ihn vom Munde aussprechen, halten möchten, wollen ihn eben darum zu Papier bringen und von der öffentlichen Behörde bekräftigen lassen, so ist es Pflicht der für so ein Geschäft vorstehenden öffentlichen Person, sich als Sicherungs-Organ gebrauchen zu lassen; denn zu diesem Ende ist sie, der Voraussetzung nach, auctorisirt und genießet dafür ihren Sold aus den Beiträgen der Allheit.

§. 7.

Was ich hier von der Obliegenheit des Staats und der Organe der höchsten Gewalt und ihrer Zweige überhaupt sagte, das versteht sich von allen Staatsdienern insonderheit; denn ich setze immer eine rechtliche Staatsverfassung voraus, und eine rechtliche Staatsverfassung bringt es schon an und für sich

mit sich, daß jedes Individuum im Staate leben könne, folglich auch der Staatsdiener, der seine Dienste leistet, gehörig dafür besoldet sey.

§. 8.

Wenn schon ein jeder Bürger zur Belohnung der Staatsdiener für ihre Pflichterfüllung überhaupt beiträgt, um daß selbe die Staats Verbindlichkeiten gegen die einzelnen Bürger erfüllen, folglich denselben Sicherheit leisten mögen — Wenn schon ein jeder Bürger das Recht hat, vom Staate überhaupt und von den von ihm zu ebendenselben Zweck auctorisirten Staatsdienern Sicherheit seiner Rechte zu fodern, so kann in dem einzelnen Falle die Sicherheitsforderung nicht mehr mit Recht bezollet werden. Denn dasjenige, was in dem einzelnen Falle gefodert werden will, ist schon durch den allgemeinen Beitrag in die Befoldungskassa geleistet. Es ist demnach gar nicht rechtlich, wenn man öffentlichen Behörden, seyn sie Richter, oder wer immer, erlaubt, für die Vornahme einzelner Handlungen, die in ihrer Amtssphäre begriffen sind, noch Taxen zu erheben.

§. 9.

Es ist zwar freilich in der Erfahrung richtig, daß manche Staatsdiener noch nicht verhältnismäßig besoldet

befoldet find. Wir sehen Richter in einem Solde von 100 - 200 Gulden stehen: für die Bestreitung ihrer übrigen Bedürfnisse sind sie an die Sporteln, Taxen, Accidentien, und, wie die Dinge Namen haben, angewiesen.

Allein dies sind heillose Gebrechen, die in einem wohleingerichteten Staate schlechterdings nicht seyn sollen. *a)*

Der Staatsbürger ist dabei vorzüglich gestraft, denn er bezahlt das, was er vom Staate zu fodern das Recht hat, mit doppelter Münze. Einmal vergeltet er dem Staate überhaupt die ihm schuldige Sicherheitsleistung durch die Beiträge in die Staatskasse: und zugleich muß er noch diese nämliche Pflichterfüllung den vom Staate bestellten Organen nach einer Taxordnung bezahlen.

So ein Gebrechen ist nicht nur unrechtlich, sondern sehr gefährlich, weil die Vergeudung des öffentlichen Ansehens alsdann nur zu gerne käuflich wird.

a) Siehe Ein Wort über Befoldung der Staatsbeamten.

1801. Seuffert von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats. Würzburg. 1793.

§. 10.

So wie es in dem Pflichtkreise der Richter liegt (denn die Uebung der Sicherheitspolizey - Gewalt ist noch mit dem Richteramte in einer und der nämlichen öffentlichen Person niedergesetzt!), die Verträge der ihnen Untergebenen auf ihr Ansuchen zu bestärken, und ihnen darüber ein beglaubigendes Denkmal zu errichten, so ressortirt sich es Pflicht gemäß in die Sphäre des Richteramtes, die Streitigkeiten der Unterthanen auf geschehenes Vorbringen zu entscheiden.

Richter sind zu diesem Zwecke bestellet, der Staat garantirt ihre Pflichterfüllung, und ist sie zu garantiren verbunden: hingegen haben auch die Unterthanen ein Recht, die Herstellung ihrer verletzten Rechte vom Staate, und den ihn repräsentirenden Organen — den Richtern — zu fodern. Jene sollen ihre Pflicht erfüllen, wenn diese ihr Recht fodern.

Eine besondere Bezahlung für diese Pflichtleistung läßt sich schlechterdings nicht vertheidigen. Ein passendes Beispiel mag die Sache ganz ins Reine aufklären.

Setze man einen Zollbeamten, der eine fixe feiner Dienstleistung angemessene Befoldung genießt, und

doch noch von den Zoll - oder Mautstellen für die Verschnürung ihrer Waaren, für das Schreiben der Polleten u. dgl. eigends für sich noch eine Geldleistung fodert, fodert dieser nicht eine Nichtschuld? und — der Staat, der so eine Foderung billiget oder erlaubt, greift er nicht widerrechtlich in den Beutel der Privaten? Nehmen wir einen Hofgerichtsassessor, Hof - oder Regierungsrath, einen Landesdirections-Rath! mit welchem Rechte können sich diese ihre Dikasterialarbeiten noch besonders von den betreffenden Partheien honoriren lassen? Ist es nicht ein und das nämliche Verhältniß, wie bey andern Staatsdienern, Landrichtern, Pflegern u. s. f.; kann denn wohl jemand dafür eine Vergeltung fodern, daß er seine ihm obliegende Verbindlichkeit gegen das derselben entsprechende Recht erfülle? Dieses wäre gerade so eine Absurdität, als wenn man behaupten wollte, der Gläubiger solle seinem Schuldner dafür einen Entgelt leisten, daß er ihm das schuldige Capital heimbezahlen möge.

Ueberhaupt, um zur Sache zurückzukehren, liegt schon die Belohnung der Staatsdiener, allgemein betrachtet, in dem Solde, den sie aus der Staatskasse beziehen; und der Staat macht sich einer Ungerechtigkeit schuldig, da er einmal die Unterthanen zur Unterhaltung der Staatszweckserforderlichen Kasse

im allgemeinen beschattet, und auf der andern Seite die Staatsdiener nicht gehörig besoldet, und diesen von den Unterthanen Taxen zu erheben gestattet. Er fordert einmal direkte, einmal indirekte, folglich mit doppelter Hand, was er nach dem Postulate des allgemeinen Willens nur mit einer Hand fodern soll.

§. II.

Ich glaube daher, daß überhaupt keine Taxgebühren in einem wohlorganisirten Staate zugelassen werden dürfen; hingegen daß aber auch der Staat vor allem dafür sorgen solle, daß die ihn und seine Macht repräsentirenden Organe in einem den Zeitumständen angemessenen Solde stehen. Vieles Unrecht wird dadurch beseitigt werden, und die häufigen Klagen der Unterthanen werden über das Gefühl allgemeiner Gerechtigkeit von selbst verschwinden. Ich fasse mich kurz in einem Gegenstande, von dem ich überzeugt bin, daß er jedem Unbefangenen eben so klar einleuchten müsse, wie er mir erscheint.

Verbesserungen.

S. II. Z. 10. lies Grasländer statt Grasländer.

— 25. — 7. — diese Einstimmigkeit statt diese;
Einstimmigkeit.

— 32. — 13. — nostrum statt mortuum.

— 48. — 19. — Das Recht statt dies Recht.

— 55. — 24. — flüchtiger statt fürchterlicher.

— 60. — 13. — Einquatierungslast statt Einqua-
tierungsart.

— 102. — 9. lies in einem, wie in dem andern
Falle statt in einem andern Falle.

— 131. — 1. — Zoll- und Mautgästen statt Zoll-
und Mautstellen.



Krüll, Franz Xaver <<von>>,

Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts

Bd.: 2

Landshut 1803

Jur.opp. 37 m-2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571306-0